

アメリカにおける中絶規制の転換点—Dobbs v. Jackson Women's Health Organization

(社会科教育講座) 中曾久雄

A Turning Point in Abortion Regulation in the United States

Hisao NAKASO

(2022年9月1日受付・2022年10月27日受理)

1 はじめに

アメリカでは、近年、厳格な中絶規制が行われるようになっていた¹。特に、2019年、中絶に反対する Trump 政権下では厳格な中絶規制が行われた²。そ

うした中で、Texas 州では heartbeat bill が制定されたが、これは女性が妊娠に気づく 6 週以降の中絶を禁止するものであり、これまで類を見ない厳格な中絶規制として波紋を呼ぶことになった³。本判決⁴で問題となったのもこの厳格な中絶規制であり、2018年3月

¹ Jeffrey A. Van Detta, *Constitutionalizing Roe, Casey and Carhart: A Legislative Due-Process AntiDiscrimination Principle that Gives Constitutional Content to the "Undue Burden" Standard of Review Applied to Abortion Control Legislation*, 10 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 211, 243 (2001).

² Pnina Lifshitz-Aviram and Yehezkel Margalit, *Towards a New Archimedean Point for Maternal Versus Fetal Rights?*, 81 LA. L. REV. 668, 668-69 (2021). Trump 大統領は真剣に中絶規制に取り組み、中絶に反対する裁判官を連邦最高裁に任命しようとしていた。Heather D. Boonstra & Elizabeth Nash, *A Surge of State Abortion Restrictions Puts Providers—and the Women They Serve—in the Crosshairs*, GUTTMACHER POL'Y REV. (2014), また、Trump 政権では new gag rule が施行された。これは、中絶施設に対する資金援助を禁止するものであり、貧しい女性に大打撃を与えた。Rachel K. Jones & Kathryn Kost, Report, *Underreporting of*

Induced and Spontaneous Abortion in the United States: An Analysis of the 2002 National Survey of Family Growth, 38 STUD. FAM. PLAN. 187, 190-91 (2007); Rachel Benson Gold, *Lessons from Before Roe: Will Past Be Prologue?*, 6 GUTTMACHER POL'Y REV. 8, 8 (2003). しかし、Biden 大統領はこれを撤廃した。³ この州法に対して訴訟が提起され、地裁はこれを違憲として差止めを行った。United States v. State of Texas, No. 1:21-cv-796 (W.D. Tex. Sept. 9, 2021)。第 5 巡回区控訴裁判は差止めを一時的に保留した United States v. State of Texas (5th Cir. filed Oct. 7, 2021)。Whole Woman's Health v. Jackson, 595 U.S. ___ (2021)において、州裁判所判事と州裁判所書記官に対しては、法律の執行前の異議申し立てを行うことができるが、法律の執行者である他の被告に対しては行うことができないと結論付けた。

⁴ No. 19-1392 (U.S. June 24, 2022).

19日、Mississippi州が制定した Gestational Age Act である。Gestational Age Act は、医療上の緊急事態(この緊急事態とは胎児が子宮外での生命維持が不可能な場合を指す)、または、重度の胎児異常の場合を除き、中絶を行い、誘発し、または試みてはならない、と規定するものである。また、他にも、Gestational Age Act は、妊娠が15週以上であると判断された場合は、中絶を行ったり、誘発したり、試みたりしてはならない、と規定する。Gestational Age Act では、妊娠15週以降の中絶を行う通常的手段を、「危険で、医療専門家を貶める野蛮な行為(“barbaric practice” that is “dangerous” and “demeaning to the medical profession”)」であると規定する。

そして、Gestational Age Act が署名された日に、Mississippi州で唯一認可された中絶施設である Jackson Women's Health Organization と、その医師の1人が、緊急の一時差し止め命令を要求する訴訟を提起した。連邦地裁は、当該規制が胎児の生存可能以前に中絶を希望する女性の選択肢に実質的な障害を与える目的または効果がある場合には、中絶を行う権利に不当な負担を課することはできないとする Gonzales 判決、胎児の生存可能性以前の中絶禁止を正当化する州の利益は存在しないとする Casey 判決に依拠し、胎児の生命に対する州の利益が、憲法上正当化されないという理由で、違憲とした⁵。第5巡回区控訴裁判所も同様に州法を違憲と判断した。その理由として、問題となっている州法は、特定の妊娠の中絶を禁止するもので、Casey 判決はこれを容認しておらず、Gonzales 判決とも異なることを挙げる。また、問題となっている州法が実際に制限を課しているのは、20週以前に中絶を希望する女性達だけであるが、これは中絶を希望する女性にとり実質的な障害となるので、文面上違憲とした⁶。

2 判旨 破棄差戻し

2-1 Alito 裁判官の法廷意見(Thomas 裁判官、

Gorsuch 裁判官、Kavanaugh 裁判官、Barrett 裁判官が同調)

中絶は、アメリカ人にとって深い道徳的問題を提起している。ある人によれば、人間は受胎時に誕生し、中絶は罪のない命を絶つと強く信じている。また、中絶を規制することは、女性が自分の体をコントロールする権利を侵害し、女性が完全な平等を達成することを妨げると強く感じている人もいる。さらに、中絶はすべての条件下ではなく、いくつかの条件下で許可されるべきであると考えており、このグループの人々は、中絶に対して課されるべき特定の制限について様々な意見を持っている⁷。1973年、当法廷は Roe v. Wade において、憲法が中絶を行う広範な権利を与えていると判断した。この判決は、アメリカの法律やコモン・ローがこれまで中絶を認めてきたとは主張しなかった。その歴史的考察は、憲法に無関係なもの(中絶の歴史についての考察)から明らかに誤ったもの(例、中絶はコモン・ローのもとでは犯罪ではなかったという主張)まで多岐にわたっている。そして、憲法の意味とは無関係な情報を大量に列挙した後、立法府が制定した法令に見られるような、番号付きの規則(a numbered set of rules)で締めくくられている。この枠組みでは、妊娠の各期間ごとに規制が異なるが、最も重要な線は妊娠第2期のほぼ終わりに引かれ、胎児が「生存可能性(viability)」、すなわち子宮外でも生存できる能力を獲得すると考えられていた時点で相当するものであった。当法廷は、州が「潜在的な生命(potential life)」を保護するという正当な利益を有していることは認めたが、この利益は生存可能期間前の中絶に対するいかなる制限も正当化することはできないと判断したのである。裁判所はその根拠を説明しなかったため、中絶支持者でさえも Roe 判決の論理を擁護することは困難だった。Roe 判決により、すべての州の中絶規制法(abortion laws)が事実上崩壊した⁸。Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey において、当法廷は Roe を再検討したが、裁判官達は三者三様に分かれた。2人の裁判官は、Roe を一切変更する気はないと表明した。他の4人の裁判官は、Roe

⁵ Jackson Women's Health Org. v. Currier, 349 F. Supp. 3d 536 (S.D. Miss. 2018).

⁶ Jackson Women's Health Organization v. Dobbs, No. 18-60868 (5th Cir. 2019).

⁷ Dobbs, slip op. at 1.

⁸ Id. at 1-2.

判決を全面的に覆すことを望んだ。そして、多数意見に連署した残りの3人の裁判官が、第3の立場をとったのである。多数意見は、先例拘束性の原理(stare decisis)によって、たとえその判断が間違っていたとしても、Roe判決の中心的判示であるところの、生存可能性以前の胎児の生命を政府は憲法上保護してはならない、という判断を堅持する必要があると、結論づけている⁹。Casey判決は、Roe判決のトライメスターフレームワークを破棄し、その代わりに、女性の中絶を行う権利に不当な負担を課すいかなる規制も州が採ることを禁じるという、出所不明の新しい枠組み(new rule of uncertain origin)を導入した¹⁰。Casey判決を下した3人の裁判官は、この判決を、中絶を行う権利に関する憲法上の問題の最終的な解決と見なし、国民的論争に終止符を打つように求めたのである。Casey判決は、その目的を達成しなかった。アメリカ人は、中絶に対して熱烈で多様な意見を持ち続け、州議会もそれに応じて行動している¹¹。

今、当法廷が直面しているのは、そのような州法の1つである。Mississippi州は、胎児が子宮の外で生存可能とみなされる時点の数週間前である妊娠15週以降の中絶を全般的に禁止する法律の合憲性を支持するよう求めている。この法律を擁護するにあたり、州の主要な主張は、当法廷がRoe判決およびCasey判決を再考し、覆すべきであり、再び各州がその市民の望むように中絶を規制することを認めるべきだ、というものである。他方、被告は、当法廷に次のことを求めている。州が、妊娠15週以降の中絶を禁止することを認めることは、Roe判決およびCasey判決を全面的に覆すことと何ら変わりはない¹²。

当法廷は、Roe判決およびCasey判決が破棄されなければならないと考える。憲法は中絶について何ら規定しておらず、かかる権利はRoe判決およびCasey判決の擁護者が、現在、主に依拠している修正14条のデュー・プロセスを含めて、いかなる憲法の条項によっても暗黙のうちに保護されていないのであ

る。デュー・プロセス条項は、憲法に規定されていない権利を保障するものとされてきたが、そのような権利は「この国の歴史と伝統に深く根ざし」、「秩序ある自由の概念に暗黙的に含まれている」ものでなければならない。中絶を行う権利は、このカテゴリーには入らない。20世紀後半まで、中絶を行う権利はアメリカの法律では全く知られていなかった。実際、修正14条が採択されたとき、4分の3の州が妊娠のあらゆる段階での中絶を犯罪としていたのである。また、中絶を行う権利は、修正14条の規定する「自由」の保護範囲に入る(fall within)と裁判所が判断した他どの権利とも、決定的に異なる。Roe判決の擁護者達は、中絶を行う権利を、親密な性的関係、避妊、結婚といった事柄に関する過去の判決で認められた権利と類似していると評価するが、Roe判決およびCasey判決が共に認めているように、これらの判決が「胎児の生命(“fetal life”）」と呼んだものを破壊し、現在の法律が「生まれていない人間(“unborn human being”）」として表現していることから、これらの権利と中絶は、根本的に異なるのである¹³。

Roe判決は最初から甚だしく間違っていた(egregiously wrong)。その理由付けは極めて脆弱であり、この判決は有害な結果(damaging consequences)を招いた。そして、Roe判決およびCasey判決は、中絶に関する問題に国家的な決着をもたらすどころか、議論を白熱させ、分裂を深めてしまった。今こそ憲法に耳を傾け、中絶に関する問題を国民に選ばれた代表者に返還する時である。「中絶の可否とその制限は、民主主義における最も重要な問題と同様に、市民が互いに説得し、投票することによって解決されるべきものである」¹⁴。

まず、憲法が正しく理解され、中絶を行う権利を付与しているかどうかという重要な問題から検討する。Casey判決における多数意見は、この問題を飛ばして、先例拘束性の原理のみに基づいてRoe判決の「中心的判示」を再確認したが、これから説明するように、先例拘束性の原理を適切に適用するには、Roe判決が基盤とした根拠の強さ(strength of the

⁹ Id. at 3.

¹⁰ Id. at 3-4.

¹¹ Id. at 4.

¹² Id. at 4-5.

¹³ Id. at 5.

¹⁴ Id. at 6.

grounds)を評価する必要があった¹⁵。そこで、当法廷は、Casey 判決における多数意見が検討しなかった問題に目を向け、3つの段階でこの問題に対処することにする。最初に、修正14条の「自由」への言及が特定の権利を保護しているかどうかを判断する際に、当法廷の判例が用いてきた基準を説明する。次に、当法廷は、本件で問題となっている権利が、我が国の歴史と伝統に根ざし、「秩序ある自由」と表現してきたものの本質的な構成要素であるかどうかを検討する。最後に、中絶を行う権利が、他の判例によって支持されているより広範な定着した権利の一部であるかどうかを検討する¹⁶。

憲法は中絶を行う権利について明示的に言及していないため、そのような権利を保護していると主張する者は、当該権利が憲法条文の中に何らかの形で暗示されていることを示さなければならない。Roe 判決は、憲法の条文の扱いが驚くほどに緩かった (remarkably loose)。Roe 判決は、憲法に言及されていない中絶を行う権利が、同じく言及されていないプライバシーの権利の一部であるとした。当法廷は、憲法の条項の組み合わせによって中絶を行う権利を保護する方法として、少なくとも3つの可能性を残している。第1に、当該権利が「修正9条の人民への権利の留保の中に含まれている」という可能性である。第2に、当該権利は、修正1条、修正4条、修正5条、またはそれらの規定の何らかの組み合わせに根ざしており、当該権利は、当時、他の多くの権利章典の規定が組み込まれていたように、修正14条のデュー・プロセス条項に「組み込まれて」いた、というものであった。そして、第3の道は、修正1条、4条、5条は何の役割も果たさず、当該権利は単に修正14条のデュー・プロセス条項によって保護される「自由」の構成要素であるとするものであった¹⁷。

この(第3の道の)議論の基盤となる理論、すなわち、修正14条のデュー・プロセス条項は、「自由」に対して、手続上だけでなく、実質的な保護を与えるという理論は、長い間論争的となってきた。しかし、当法

廷の判決は、デュー・プロセス条項が2つのカテゴリーの実体的権利を保護するとしている。第1は、最初の8つの修正条項によって保障された権利である。これらの修正条項は、本来、連邦政府にのみ適用されるものである。しかし、当法廷は、修正14条のデュー・プロセス条項がこれらの権利の大部分を「取り込み」、これらの権利を州にも同様に適用するとしている。第2のカテゴリーは、憲法のどこにも規定されていない基本的権利の選別的リストで構成されるものである。ある権利がこれらのカテゴリーのいずれかに該当するかどうかを決定する際に、裁判所は長年、その権利が「(アメリカの)歴史と伝統に深く根ざしているか」、そして、それが私達アメリカの「秩序ある自由の構想」にとって不可欠であるかどうかを問うてきた。そして、この審査を行うにあたり、当法廷は、問題となる権利の歴史について慎重な吟味を行っている¹⁸。デュー・プロセス条項で保護される「自由」の新たな構成要素の承認が要求される場合、「自由」という用語だけではほとんど指針が得られないため、このような歴史的な吟味が不可欠である¹⁹。修正14条が言及する「自由」が意味するものを解釈する際は、憲法の修正条項が保護するものと、アメリカ人が享受すべき自由に関する私達自身の熱烈な見解とを混同するという、人間の自然傾向に注意しなければならない。だからこそ、裁判所は、長い間、憲法に規定されていない権利を認めることに「消極的」であったのである。時折、裁判所が「歴史の教えを尊重すること」によって課せられた適切な制限を無視した場合、Lochner v. New York のような評判の悪い判決を特徴づける自由放任の司法政策決定 (freewheeling judicial policymaking) に陥ることがある。裁判所は、このような非原理的なアプローチに陥ってはならない²⁰。

20世紀後半まで、アメリカでは、中絶を行う権利を憲法で保障することはなかった。州憲法にも、そのような権利を認める規定はなかった。Roe 判決が下される数年前まで、連邦裁判所も州裁判所も、そのような権利を認めていなかった。また、当法廷の知る限りでは、

¹⁵ Id. at 8.

¹⁶ Id. at 8-9.

¹⁷ Id. at 9-10.

¹⁸ Id. at 11-12.

¹⁹ Id. at 13.

²⁰ Id. at 14.

学術的な論文もなかった²¹。コモン・ローから始めると、中絶は少なくとも *quickenning* (胎動初感であり、それは子宮の中で胎児が最初に感じた動きに生じ、通常は妊娠 16 週から 18 週の間起こる) の後に犯罪となる。アメリカにおいても、歴史的記録は同様である。Blackstone の注釈書の「初期のアメリカ版」では、中絶が少なくとも「極悪非道の行為 (a heinous misdemeanor)」であるとしている²²。また、植民地時代初期の数少ない判例も、中絶が犯罪であることを裏付けている²³。19 世紀になると、裁判所はコモン・ローが子供を宿した段階での中絶を犯罪としていることを、頻繁に説明するようになった。しかし、このルールは、医学的経験の結果にも、コモン・ローの原則にも合致していないとされ、破棄された²⁴。妊娠のどの段階でも犯罪であるとし、厳罰を科すことが可能になった。19 世紀のアメリカでは、大多数の州が、妊娠のすべての段階での中絶を犯罪とする法律を制定した²⁵。この圧倒的なコンセンサスは、Roe 判決が出るまで続いた。その時点では、Roe 判決によると、30 州の大多数が、母親の命を救う場合を除き、すべての段階での中絶を禁止していたのである²⁶。

中絶を行う権利は、この国の歴史と伝統に深く根ざしているわけではないというのが、避けられない結論である。それどころか、刑事罰を科すことを条件に中絶を禁止する伝統が、コモン・ローの初期の時代から 1973 年まで連綿と続いてきたのである。被告とその弁護士は、この歴史的証拠に対して説得力のある回答をしていない²⁷。彼らは 20 世紀後半以前の中絶を行う権利の存在について、州の憲法規定、法令、司法判断、学術論文など、何の根拠も見いだせなかったのである²⁸。偉大なコモン・ローの権威者達は皆、胎動初感後の中絶は犯罪であるとしている²⁹。18 世紀後半から 19 世紀初頭にかけて、胎動初感前の中絶

を犯罪としなかったのは、州がそれを行う権限を持たなかったと考える人がいたことを意味するものではない。世紀が進むにつれ、議会がその権限を行使し始めたとき、当法廷の知る限り、その法律が基本的権利を侵害していると主張した者はいなかった³⁰。

別のアミカスでは、修正 14 条が採択されたときに施行されていた州の刑事法が違法な理由で制定されたことを示唆し、その意義を否定しようとするものであった。これらの法律が成立した背景には、中絶は人間を殺すものであるという真摯な信念があったことを示す十分な証拠がある。19 世紀後半から 20 世紀初頭にかけての多くの司法判断が、この点を指摘している³¹。

Roe 判決および Casey 判決の支持者達は、中絶を行う権利自体が深く根付いているという主張を真剣にする代わりに、中絶を行う権利は、より広範に定着した権利の不可欠な一部 (an integral part of a broader entrenched right) であると主張する。当法廷は、この広範な権利が絶対的なものであると主張したわけではないし、そのような主張が成り立つわけでもない³²。秩序ある自由は制限を設け、競合する利害の間の境界を定義する。Roe 判決および Casey 判決は、それぞれ、中絶を望む女性の利益と、彼らが「潜在的な生命」と呼ぶものの利益との間で特定のバランスを取ったのである。しかし、様々な州の人々は、これらの利益を異なる形で評価することができる。また、中絶を行う権利も、判例上、正当な根拠があるわけではない³³。より広範な自律の権利 (a broader right to autonomy) に訴え、「存在概念 (concept of existence)」を定義することによって、中絶を正当化しようとするこれらの試みは、あまりにも行き過ぎたものであることが証明されている。これらの基準は、一般性の高いレベルにおいて、違法薬物の使用や売春などの基本的権利を認めることになりかねない³⁴。

中絶を行う権利とその他の権利を決定的に区別する上で、Casey 判決の主張に異議を唱える必要はな

²¹ Id. at 16.

²² Id. at 20.

²³ Id. at 21.

²⁴ Id. at 21-22.

²⁵ Id. at 22-23.

²⁶ Id. at 24.

²⁷ Id. at 25.

²⁸ Id. at 26.

²⁹ Id.

³⁰ Id. at 27-28.

³¹ Id. at 28-29.

³² Id. at 30.

³³ Id. at 31.

³⁴ Id. at 32.

い。修正 14 条採択時の州の特定の慣行 (specific practices) は、修正 14 条が保護する自由の実質的領域の外枠を傷つけるものではない。中絶は決して新しいものではない。何世紀にもわたって立法者によって扱われてきたし、それが提起する根本的な道徳的問題は永遠のもの (ageless) である³⁵。Roe 判決および Casey 判決の支持者達は、新しい科学的知見によって、横たわる道徳的問題に別の答えが求められるとは主張しないが、社会の変化によって、中絶を得るための憲法上の権利を認めることが必要であると主張している。中絶の可能性がなければ、人々は自分が望むような人間関係を選択する自由を行使することができなくなり、女性は職場やその他の努力の場で男性と競争することができなくなると、彼らは主張するのである。中絶が制限されるべきであると考えるアメリカ人は、現代の発展に対して反論を表明している。彼らは、未婚女性の妊娠に対する考え方が大きく変わったこと、連邦法や州法が妊娠を理由とする差別を禁止していること、妊娠および出産のための休暇が多くの場合法律で保障されていること、妊娠に伴う医療費が大幅に削減されていること、などを指摘している³⁶。両者とも重要な政策的主張をしているが、Roe 判決および Casey 判決の支持者達は、当法廷がそれらの議論を検討し、中絶が州内でどのように規制されるかを決定する権限を持っていることを示さなければならない。彼らはそれを示せなかった。ゆえに、当法廷は、これらの議論を検討する権限を、国民とその選出された代表者に返還する³⁷。

反対意見は、中絶を行う憲法上の権利が、「この国の歴史と伝統に」「深く根ざした」ものであることはもちろん、何らかの基盤を持つことを示すことができない、と非常に率直に述べている。反対意見は、中絶を行う権利が、この国の歴史と伝統に根ざしていることを主張できないために、「憲法の伝統」は「ある瞬間に全体を捉えるものではなく」、その「意味は、私達の歴史の長い広がり」と連続する判例から内容を獲得する」と主

張しているのである³⁸。反対意見の基準がいかに無制限なものであるかは、彼らの基準を適用する方法によって説明される。第 1 に、「長い歴史の流れ」が列挙されていない権利の承認に対して何らかの抑制をかけるのであれば、Roe 判決は明らかに間違っている。なぜなら、Roe 判決が下される 100 年以上前から、大多数の州で、中絶は (母親の生命を救う場合を除いて) 決して許可されていなかったからである。第 2 に、Roe 判決が引用したすべての判例は、当該先例に基づいて Roe 判決を擁護することは不可能である。これらの判例はいずれも、Roe 判決が「潜在的生命」と呼ぶものの破壊には関係していない³⁹。反対意見の最も顕著な特徴は、胎児の生命を保護することに対する州の利益の正当性についての真剣な議論が、全くなされていないことである。これは、中絶を行う権利と、Griswold 判決 (避妊行為)、Eisenstadt 判決 (避妊行為)、Lawrence (同性との性的行為)、Obergefell 判決 (同性婚) で認められた権利との間に、反対意見が描いている類推において、明らかである。Griswold 判決、Eisenstadt 判決、Lawrence 判決、Obergefell 判決において問題となった権利の行使は、「潜在的生命」を破壊しないが、中絶はそのような効果を持つ。すなわち、これらの事件で問題となった権利が、Roe 判決および Casey 判決で認められた権利と基本的に同じであるならば、その意味するところは明らかである。憲法は、州が「潜在的生命」の破壊を重要な問題と見なすことを認めていない。その見解は、反対意見の随所に表れている。反対意見は、妊娠が女性に与える影響、母親としての負担、貧しい女性が直面する困難について多くのことを述べている。これらは重要な利益である。しかし、出生前の生命を保護する政府利益については、同様の配慮がなされていない。反対意見は、生存可能性の線が女性の自由の利益と出生前の生命に対する政府利益との間にもたらす「バランス」を繰り返し賞賛している。しかし、生存可能性の線は意味をなさない。Roe 判決の時代には正当化されなかったし、反対意見は、今日、それを擁護しようともしていない。また、政府が、胎児の殺害

³⁵ Id. at 32-33.

³⁶ Id. at 33.

³⁷ Id. at 35.

³⁸ Id. at 36.

³⁹ Id. at 37.

(destruction of a fetus)を禁止することが許される妊娠中の他の時期を特定することもしていない。当法廷の意見は、出生前の生命が出生後にどのような権利を有するかどうか、についての見解に基づいてはいない。これに対して、反対意見は、人としての権利がいつ始まるかについての特定の理論を国民に押し付けるものである。反対意見によれば、憲法は、少なくとも妊娠中の任意の時点が過ぎるまでは、胎児が生きるという最も基本的な権利さえ欠いているとみなすことを、州に要求しているのである⁴⁰。

次に、先例拘束性の原理が、Roe 判決および Casey 判決を引き続き容認することを示唆するのかどうかを検討する。先例拘束性の原理とは、当法廷の判例法理において重要な役割を担っており、当法廷はそれが多くの価値ある目的を果たすと説明してきた。それは、過去の判決を信頼して行動を起こした人々の利益を保護するものである。しかし、当法廷は長い間、先例拘束性の原理が「不可避の命令ではない(an inexorable command)」ことを承認してきた⁴¹。

当法廷における最も重要な憲法上の判決のいくつかは、過去の先例を覆している。Brown v. Board of Education は、悪名高い Plessy v. Ferguson を覆したのであった。West Coast Hotel Co. v. Parrish は、女性の最低賃金を定める法律が修正 5 条のデュー・プロセス条項で保護される「自由」を侵害するとして Adkins v. Children's Hospital of D. C. を覆した。West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette は、その 3 年後に、Minersville School Dist. v. Gobitis を覆し、公立学校の生徒は、その真摯な信念に反して国旗に敬礼することを強制されないと判示した⁴²。

判例を覆すことは重大な問題であり、軽々に踏み切るべきものではない。当法廷の判例は、どのような場合に判例を覆すべきかを決定するための枠組みを提供することを試み、そのような決定を下す際に考慮すべき要因を特定してきた。この場合、Roe 判決および Casey 判決を覆すには、5 つの要因が強く影響する。

すなわち、誤りの性質(nature of their error)、推論の品質(the quality of their reasoning)、それらが国にもたらすルール「実行可能性」(the “workability” of the rules they imposed on the country)、法の他の分野への破壊的影響(disruptive effect on other areas of the law)、そして、具体的信頼性の不在(the absence of concrete reliance)である⁴³。

誤りの性質について。Roe 判決は、甚だしく間違っており、深い損害を与えた。Roe 判決における憲法分析は、それが漠然と指し示す様々な憲法の条項の合理的な解釈の範囲をはるかに超えていたのである。Casey 判決はその誤りを永続させた。その誤りは、アメリカ国民にとってさほど重要でない法律に関する難解な一角(arcane corner)に関わるものではない。むしろ、Roe 判決のような「剥き出しの司法権(raw judicial power)」しか持たず、憲法が明確に国民に委ねている深い道徳的および社会的重要性のある問題に対して取り組む権限を、裁判所が篡奪しているのである。Casey 判決は、国民的論争の両陣営に論争を解決するよう呼びかけたと説明しているが、そうすることによって、Casey 判決は必然的に勝利する側を宣言し、敗者側(胎児の生命に対する国家の利益を促進しようとする者)は、もはや自分達の意見に合致した政策を採用するよう選出された議員を説き伏せることができなくなったのである。裁判所は、Roe 判決に反対する多くのアメリカ人に民主的プロセスを開ざすことによって、民主的プロセスを短絡させた⁴⁴。

推論の品質について。Roe 判決は、憲法が中絶を行う権利を暗黙のうちに与えていることを認めたが、その決定の根拠となる条文、歴史、判例を示せなかった。誤った歴史叙述に依拠し、憲法の意味とは全く関係のない事柄に多大な注意を払い、その結果、依拠した判例と当法廷における問題との間の根本的な違いを無視した⁴⁵。Casey 判決における多数意見は、Roe 判決の中心的判示を再確認する一方で、その理由のほとんどを支持しないことを明確にした。中絶を行う権

⁴⁰ Id. at 38.

⁴¹ Id. at 39.

⁴² Id. at 40-41.

⁴³ Id. at 43.

⁴⁴ Id. at 44.

⁴⁵ Id. at 45.

利の条文上の根拠を修正し、Roe 判決の誤った歴史叙述をわずかに放棄し、トライメスターフレームワークを取り払ったのである。しかし、その枠組みを恣意的な「不当な負担」テストに置き換え、例外的な先例拘束性の原理に依拠したのであるが、それは、当法廷がこれまで適用したことがなく、それ以来一度も行使していないものである⁴⁶。Roe 判決の理論的の弱点は、よく知られている。憲法の条文、歴史、判例に何の根拠もなく、法律や規則にあるような詳細な一連のルールを国全体に課している。裁判所は、妊娠を3つの時期に分け、それぞれに特別なルールを課した。最初の3ヶ月間は、「中絶の決定とその実行は、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」とした。それ以降は、女性の健康のために中絶を規制するという政府利益が説得力を持つようになり、それゆえ、政府は「母体の健康に合理的に関連する方法で中絶行為を規制する」ことができるようになったのである。この手の込んだ枠組みは、法廷意見が独自に考案したものである。いずれの当事者もこの枠組みを提唱しておらず、またいずれの当事者も、またいかなるアミカスも、「生存可能性」が、中絶を行う権利の範囲と州の規制権限が実質的に変容する時点を示すべきであると主張していない。この枠組みは、立法府の仕事に似ているだけでなく、裁判所は、これらの枠組みが、通常、憲法判断の基盤となるいかなる資料からも、どのように推測されるかを説明する努力をほとんど行っていない。Roe 判決では、歴史に関する長大な吟味が行われたが、その多くは無関係であり、なぜそのような吟味が行われたのかを説明しようとしなかった⁴⁷。Roe 判決は、1868年に施行された州法の圧倒的なコンセンサスにさえも言及しなかったことが印象的であり、モン・ローについて述べたことは、単に間違っていた。Roe 判決は、歴史的な吟味を行った後、立法委員会が行うような事実認定(fact finding)に多くの段落を費やして行っている。そして、最後に、Roe 判決は判例に目を向けた⁴⁸。しかし、この判例は、「個人のプライバシーの権利(right of personal privacy)」という

言葉について、2つの全く異なる意味を混同している。プライバシーの権利には、政府による干渉を受けず、重要な個人的決定を行い、それを実行に移す権利が含まれている。この意味を含む判例だけが、中絶の問題と関連する可能性がある。その中には、明らかに非常に遠いところにある個人的決定に関わるものもある。残ったのは、結婚、または生殖に係する一握りの判例であった。しかし、これらの判決は、いずれもRoe判決が「潜在的生命」と呼ぶものへの影響に関わるものではなかった⁴⁹。

Roe判決が提供しなかったのは、Roe判決が引いた線に対する説得力のある正当化である。例えば、なぜ、ある政府には、そのような線引きができないのか。女性の健康を守るために、妊娠初期の中絶を規制する権限はあるのだろうか。Roe判決は、中絶による死亡率が出産による死亡率よりも低いということを唯一の根拠としている。しかし、州が合法的に考慮できる要素が死亡率だけである理由を説明していない。多くの安全衛生規制は、死亡に至らない程度の健康への悪影響を回避することを目的としている。また、Roe判決は、「医学的および科学的に不確実な領域では、裁判所は立法府の判断を尊重する(courts defer to the judgments of legislatures in areas fraught with medical and scientific uncertainties)」という通常のルールから逸脱した理由も説明しなかった。Roe判決におけるこの恣意的な線引きは、中絶を行う権利を正当化しようとする哲学者達や倫理学者達の間ではあまり支持されていない⁵⁰。Roe判決におけるこのような議論の最も明白な問題点は、生存可能性が胎児の特性とは全く関係のない要素に大きく依存していることである。その1つは、ある時点における新生児医療(neonatal care)の状況である。新しい医療機器の開発と診療の改善により、生存率の線引きは長年にわたって変化してきた。19世紀には、胎児は妊娠32週か33週、あるいは、それ以降でないとは生存できないかもしれなかった。今日では23週または24週で線引きしている。Roe判決の論理によれば、現在、州は、例えば26週の妊娠期間の胎児を保護することに強

⁴⁶ Id. at 46.

⁴⁷ Id. at 46-47.

⁴⁸ Id. at 47-48.

⁴⁹ Id. at 49.

⁵⁰ Id. at 50.

制的な利益を有するが、1973年には、同一の胎児を保護することに利益を有さなかったということである。どうしてそうなるのだろうか。生存可能性は、利用可能な医療施設の品質(quality of the available medical facilities)にもよる。したがって、女性が超未熟児(very premature babies)のための高度医療を提供する病院のある都市で出産する場合には、24週の胎児は生存可能であるが、女性がそのような病院から遠く離れた遠隔地に移動した場合には、胎児はもはや生存できない可能性があるのである。仮に、生存可能性が普遍的な道徳的意義を持つ境界線を示すものであるならば、アメリカの大都市で生存可能な胎児は、貧しい州の遠隔地にいる同じ胎児が享受しない特権的な道徳的地位を有するといえるのだろうか⁵¹。また、かつて当法廷が説明したように、生存可能性は実際には厳密な線引きではない。特定の胎児が子宮の外で生存できる確率を決める医師は、「在胎期間(gestational age)」、「胎児の体重」、女性の「一般的な健康と栄養状態」、「利用可能な医療施設の品質」、その他の要因を含む「多くの変数(a number of variables)」を考慮しなければならない。したがって、医師が特定の胎児の生存の「確率」を推定することは、「困難でしかない」。また、たとえ、各胎児の生存の確率を確実に把握できたとしても、「生存可能性」としてカウントすべき「生存の確率」を定めることは、別の問題である⁵²。そのために、Roe判決には批判が殺到した。Roe判決の弱点にもかかわらず、その射程はその後の数年間、着実に拡大した⁵³。

約20年後、Casey判決がRoe判決を再検討したとき、Roe判決における推論はほとんど擁護されず、維持されなかった。Casey判決は、プライバシー権への依拠を放棄し、その代わりに、中絶を行う権利を完全に修正14条のデュー・プロセス条項に基づかせたのである。Casey判決は、中絶の歴史に関するRoe判決の誤った説明を再確認することはなかった。実際、裁判官は誰も、中絶を行う権利の歴史について何も語っていない。そして、判例については、Roe判決が

引用したのと基本的に同じ判例に依拠した。このように、憲法判断の標準的な根拠である条文、歴史、判例に関して、Casey判決は、Roe判決における主張を補強しようとはしなかったのである。また、Casey判決は、Roe判決における分析の最大の弱点の1つであり、多くの批判を浴びた生存可能性に関する議論を是正するための努力も全くしなかったのである。Casey判決はRoe判決における「中心的判示」、すなわち、政府は胎児の生命を保護する目的で生存可能性以前の中絶を規制することはできないという判示を維持したが、生存可能性の線引きについては何ら原理的な擁護を行わなかった⁵⁴。Casey判決は、Roe判決におけるトライメスターフレームワークを批判し、あるいは、否定し、新たに「不当な負担」テストを代用したが、このテストの根拠は曖昧であった。そして、このテストは曖昧さに満ちており、適用が困難である。すなわち、Casey判決は、Roe判決の分析の重要な側面を再確認あるいは否定することを拒否し、Roe判決の推論における顕著な欠陥を是正せず、Roe判決における中心的判示と呼ばれるものを支持しながら、それが正しいとは多数が思わなかったかもしれないと示唆し、中絶を行う権利に新しい基盤を提供せず、憲法の条文、歴史、判例に確固たる根拠を持たない新しい、問題のあるテスト(a new and problematic test)を課したのである⁵⁵。

実行可能性について。当法廷の判例は、ある判例が覆されるべきかどうかを決定する際のもう1つの重要な考慮は、その判例が課すルールが実行可能かどうか、すなわち、一貫性のある予測可能な方法で理解され、適用されるかどうかであるとしている⁵⁶。問題は、不当な負担の概念そのものから始まる。負担が「適正(due)」か、「不当」かの判断は、「本質的に基準がない(inherently standardless)」のである。Casey判決は、3つの補助的ルール(three subsidiary rules)を設定することによって、「不当な負担」テストに意味を持たせようとしたが、これらのルールはそれ自体が問題を引き起こすものであった。最初のルールによれ

⁵¹ Id. at 51-52.

⁵² Id. at 53.

⁵³ Id. at 54.

⁵⁴ Id. at 55.

⁵⁵ Id. at 56.

⁵⁶ Id.

ば、「法律の規定は、その目的や効果が、胎児の生存可能性以前に中絶を求める女性に実質的な障害を置くものである場合、無効である」というものである。しかし、ある特定の障害が「実質的(substantial)」であると言えるかどうかは、しばしば合理的な議論を受け入れる。ここでいう「実質的」とは、「十分な、あるいは相当な量、大きさの」という意味である。巨大な負担は明らかに「実質的」であり、些細な負担はそうではなく、これらの両極端の間にある⁵⁷。第2のルールは、さらに事態を泥沼化させる。それは、「女性の選択を確実にする」ための措置が、(中絶を行う)「権利に不当な負担を課さない」限り合憲であるとするものである。実質的でない障害を課すが、ほとんど目的を果たさない法律を考えてみよう。生存可能性期間以前の中絶に適用される場合、そのような規制は「実質的な障害」を課していないという理由で合憲となるのだろうか。それとも、それが与える負担はわずかではあるが、そのごくわずかな利益を上回るから違憲となるのか。Casey判決はこの点について言及しておらず、この曖昧さは将来的な混乱を招くだろう⁵⁸。第3のルールは、さらに事態を複雑にしている。このルールの下では、「中絶を求める女性に実質的な障害を与える目的や効果を持つ不必要な健康上の規制は、権利に不当な負担を課すことになる」。このルールには、3つ以上の曖昧な用語が含まれている。「不当な負担」、「実質的な障害」に「不必要な健康上の規制」に言及することで、3つ目の曖昧な用語が追加されている。必要という用語は、「不可欠」から単なる「有用」まで、様々な意味を持つ。Casey判決は、この用語がこのルールにおいて使用されている意味を説明していない。これらの問題点に加え、もう1つ、3つのルールすべてに当てはまることがある。それは、居住地、経済的資源、家族の状況、仕事や個人的な義務、胎児の発育や中絶に関する知識、心理的および感情的な障害や状態、中絶をしたいという願望の強さなど、さまざまな理由によるものである。ある規制が女性にとって実質的な障害となるかどうかを判断するために、裁判所は、どのような女性の集合を念頭に置くべきか、そして、この集合に属す

る女性のうち何人に障害が実質的であると認めなければならないか、を知る必要がある。Casey判決は、このような疑問に対して明確な答えを出してはいない⁵⁹。

この不当な負担テストの曖昧さは、その後の裁判でも意見の相違を生んでいる。Whole Woman's Health判決では、不当な負担テキストにおける費用便益的解釈(cost-benefit interpretation)を採用し、「Casey判決で公表されたルールは、裁判所が、法律が中絶へのアクセスに与える負担を、それらの法律が与える便益とともに考慮することを要求している」と述べている。しかし、その5年後、当法廷における裁判官の大多数がその解釈を否定した⁶⁰。

Casey判決は、多くの法廷闘争を引き起こしている。直近では、Whole Woman's Health判決におけるバランステスト(balancing test)が、不当な負担の枠組みを正しく示しているかどうかについて、控訴裁判所の意見が対立している。クリニックまでの所要時間の増加が、どのような場合に不当な負担となるのかについて、意見が分かれている。また、患者の人種、性別、障害などを理由に行われる中絶を州が規制することができるかどうか、についても意見が分かれている⁶¹。このように、不当な負担テストは実行不可能であることが証明された⁶²。

他の法律分野への影響について。Roe判決およびCasey判決は、多くの重要だが無関係な法理論を歪めており、この影響はこれらの判決を覆すためのさらなる支持を提供する⁶³。

信頼性の利益について。最後に、以下の点を検討する。Roe判決およびCasey判決は実質的な信頼関係を根底から覆すものである⁶⁴。従来の意味での信頼性を見いだせなかったCasey判決は、より無形の信頼性(intangible form of reliance)を認識した。「人々は、避妊に失敗した場合に中絶が可能であることに依存して、親密な関係を組織し、自

⁵⁹ Id. at 58.

⁶⁰ Id. at 59.

⁶¹ Id. at 60-61.

⁶² Id. at 61.

⁶³ Id. at 62.

⁶⁴ Id. at 63.

⁵⁷ Id. at 57.

⁵⁸ Id. at 57-58.

分自身と社会の中での自分の位置を規定する選択をしてきた」、「女性が国の経済および社会生活に平等に参加する能力は、女性が自分の生殖機能をコントロールする能力によって促進されてきた」と記している。しかし、当法廷は、「国民の精神に関する一般化された主張 (generalized assertions about the national psyche)」を評価する能力を備えていない。具体的な信頼利益が主張される場合、裁判所はその主張を評価する能力を備えているが、Casey 判決によって是認された新規的および無形の信頼性を評価することは、別の問題である。そのような信頼は、誰にとっても、特に、裁判所にとって評価することが難しい経験的な問題、すなわち、中絶を行う権利が社会、特に、女性の生活に及ぼす影響に依存している、ということである⁶⁵。当法廷の判決は、中絶の問題を立法機関に返還し、中絶の問題の両側にいる女性が、世論に影響を与え、議員に働きかけ、投票し、選挙に出ることによって、立法プロセスに影響を与えようとすることを可能にした⁶⁶。

伝統的な先例拘束性の原理の要因が、Roe 判決および Casey 判決の維持に有利に働かないことを示した上で、Casey 判決の中で際立って強調されていた最後の議論に触れなければならない。その主張は様々な言葉で表現されたが、端的に述べれば、基本的には次のようなものであった。アメリカ国民の法の支配に対する信念は、当法廷が「社会的および政治的圧力」ではなく、「原理」に基づいて重要な事件を判断する機関であるという尊敬を失ったら、揺らいでしまうだろう⁶⁷。Roe 判決のような議論を呼ぶ「分水嶺の判決 (watershed decision)」を覆した場合、国民が原理に基づかない理由 (unprincipled reasons) で判決が下されたと認識する特別な危険性がある。Roe 判決を覆すことは、「砲火の中で (under fire)」、「政治的圧力に屈した (surrender to political pressure)」と受け取られるだろう。Casey 判決は、当法廷の決定が原理に基づいていることを国民が認識することが重要であり、当法廷は法律の適切な理解が、いかにして

当法廷の到達する結果に導くかを丁寧に示す意見を公表することによって、その目的を達成するためにあらゆる努力を払うべきであるという点において、確かに正しい。しかし、当法廷は、憲法の下での権限の範囲を超えることはできず、また、当法廷の任務に対する公衆の反応に対する懸念のような外的な影響によって、当法廷の決定が影響を受けることを許容してはならない⁶⁸。当法廷の判例は、判例への忠実な遵守を規範とする通常の前例拘束性の原理に従うが、不可避の命令ではない。もしそうでなければ、誤った判決がまだ法として残っていたら。しかし、そのようなことはありえない。Roe 判決は、確かに、中絶の問題に関する分裂を終わらせることには成功しなかった。それどころか、Roe 判決は、過去半世紀にわたって激しく分裂したままの国家的問題を「燃え上がらせた (inflamed)」のである⁶⁹。Casey 判決も、中絶を行う憲法上の権利の問題をめぐる議論を終結させたわけではない。実際、本件訴訟では、26 の州が、Roe 判決および Casey の判決を覆し、中絶の問題を国民とその選出議員に返還するように、明示的に要請している⁷⁰。Roe 判決および Casey の判決を覆した今日の判決に対して、私達の政治体制や社会がどのように反応するかを、知っているふりをすることはできない。また、たとえ何が起こるかを予見できたとしても、その知識が当法廷の判断に影響を及ぼすような権限はない。当法廷にできるのは、法律を解釈し、長年の先例拘束性の原理を適用し、それに従ってこの事件を判断するという仕事だけである⁷¹。

反対意見は、当法廷が先例拘束性の原理を放棄したと主張しているが、当法廷はそのようなことはしていないし、伝統を破るのは、反対意見における先例拘束性の原理の理解である。反対意見の基本的な主張は、裁判所が「(判決の)当初の根拠を覆すような重大な法的または事実的变化を指摘」できない限り、著しく誤った憲法判例を覆すことは決してあってはならないということである。この主張を支持するために、反対意

⁶⁵ Id. at 64-65.

⁶⁶ Id. at 65.

⁶⁷ Id. at 66.

⁶⁸ Id. at 67.

⁶⁹ Id. at 68.

⁷⁰ Id.

⁷¹ Id. at 69.

見によれば、*Brown v. Board of Education* や他の画期的な判例が過去の判例を覆したのは、「法律の変更、社会全体に定着した事実や態度の変化に対応したもの」であると主張している。この議論の紛れもない含意は、時間の経過と新たな展開のみがこれらの判決を正当化するというものである。判決を下した日に、その判例が著しく間違っていると承認するだけでは十分ではない⁷²。当法廷は、*Casey* 判決後のいくつかの展開について既に言及したが、最も大きな変化は、*Casey* 判決が、中絶に関する論争の「対立する側が国家間の分裂を終わらせる」ことに求めたが、それに失敗したことであろう⁷³。

最後に、反対意見は、法廷意見が *Griswold* 判決、*Eisenstadt* 判決、*Lawrence* 判決、*Obergefell* 判決に疑問を投げかけるものであることを示唆している。しかし、当法廷は、「この判決のいかなる部分も、中絶に関係のない判例に疑問を投げかけると理解されるべきではない」と明確に述べている。中絶を行う権利は、これらの判例で認められた権利との類推や「より広範な自律の権利への訴え」によって正当化されることはないのである⁷⁴。

次に、私達は、*Roe* 判決および *Casey* 判決のどちらを残すべきか、あるいは覆すべきかを決定することを非難する同意意見に目を向ける。同意意見は、「より慎重な方向性」を推奨しており、それは、「まっすぐな先例拘束性の原理の分析 (a straightforward stare decisis analysis)」であると主張していることに基づいて、擁護するものである。中絶を行う権利を否定するかどうかは別の日に譲るとして、憲法がそのような権利を保護する場合、その権利は女性が中絶を得るための「合理的な機会 (a reasonable opportunity)」を得た時点で終了する、とだけ主張するものである。同意意見は、そのような機会を提供するのに十分な期間が何であるかを特定していないが、それは、本件で問題となった州法で認められている 15 週間で、少なくとも「稀な状況がない限り (absent rare circumstances)」十分であるとしてい

る。このアプローチには重大な問題があり、このようなアプローチは、いずれの訴訟当事者からも推奨されていないことが明らかである⁷⁵。同意意見の最も根本的な欠陥は、そのアプローチのための原則的な根拠を何ら示していないことである。同意意見では、「女性の中絶を行う権利は、胎児が子宮外で『生存可能』とみなされる時点まで及ぶという *Roe* 判決および *Casey* 判決のルールを『破棄』する」としている。しかし、同意意見では、仮に、「*Roe* 判決および *Casey* 判決の理論的根拠が生存可能性基準と密接に絡み合い、それに依存している」のであれば、このアプローチは「利用できない」ことを認めている⁷⁶。同意意見によって提案された新しいルールは、*Casey* 判決の明確な「文言」と一致しないばかりか、この事件とその後の中絶事件における判決にも反している⁷⁷。同意意見は中絶を行う権利を否定するかどうかは別の日に譲るとしているが、その「別の日」が来るのはそう遠くないだろう。いくつかの州は、*Mississippi* 州よりも短い中絶の期限を設定している⁷⁸。仮に、当法廷が最終的に同意意見で示された新しいルールを採用したとしても、その意味を明確にすることは困難な問題に直面することになる。例えば、女性に中絶をする「合理的な」機会を与えるために必要な期間が、女性の一定割合の年齢がその選択をする時点とされた場合、当法廷はその割合を特定しなければならないだろう。また、例外を正当化しうる「稀な状況」に言及する際に、同意意見が意味するところを説明する必要がある。要するに、中絶を追求することは、当法廷が今判断している問題に直面せざるを得なくなる日を先送りすることにしかならないのである。*Roe* 判決および *Casey* 判決が引き起こした混乱は、さらに長引くだろう⁷⁹。

当法廷は、今、州の中絶規制が憲法上の異議申立てを受ける場合、どのような基準が適用されるのか、そして、当法廷の前にある法律が適切な基準を満たしているかどうかを決定しなければならない。当法廷の判例によれば、合理的根拠に基づく審査が、そのよ

⁷⁵ *Id.* at 72.

⁷⁶ *Id.* at 73.

⁷⁷ *Id.* at 75.

⁷⁸ *Id.* at 76.

⁷⁹ *Id.* at 76.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.* at 70.

⁷⁴ *Id.* at 71.

うな異議申立てのための適切な基準である。これまで説明してきたように、中絶を行うことは、憲法の基本的権利ではない。なぜなら、そのような権利は、憲法の条文にも、わが国の歴史にも根拠がないからである。したがって、州は合法的な理由から中絶を規制することができ、そのような規制が憲法の下で争われる場合、裁判所は「自分達の社会的および経済的信念を立法府の判断に置き換える」ことはできないのである⁸⁰。中絶を規制する法律は、他の福祉健康法と同様に、強い有効性の推定を受ける。立法府が正当な利益を果たすと考えることができる合理的な根拠があれば、それは支持されなければならない。このような正当な利益は、本件で問題となった州法も正当化する。州議会の所見は、「人間の出生前の発達」の段階を説明し、「胎児の生命を保護する」という政府利益を主張している。また、妊娠 15 週以降に行われる中絶は、母体の患者にとって危険であり、医療従事者の品位を落とすものであると議会は判断している。これらの正当な利益は州法の合理的根拠を提供し、その結果、被告の憲法上の異議申立ては失敗しなければならない⁸¹。

中絶は、深い道徳的な問題である。憲法は、各州の市民が中絶を規制したり禁止したりすることを禁じてはいない。Roe 判決および Casey 判決はその権限を横取りした。当法廷は、今、これらの判決を覆し、その権限を国民とその選出された代表者に返還する⁸²。

2-2 Thomas 裁判官の同意意見

実体的デュー・プロセスは、「憲法にいかなる根拠もない」矛盾したものである。本件の解決は単純明快である。デュー・プロセス条項はいかなる実体的権利も保障しないので、中絶を行う権利も保障しない⁸³。

少なくとも 3 つの危険性が、実体的デュー・プロセスを完全に破棄することに賛成している。第 1 に、実体的デュー・プロセスは、裁判官を、その権威の由来である人民の犠牲のもとに高揚(exalts)させる。デュー・プロセス条項はプロセスにのみ言及しているため、

裁判所は長い間、それが保護する実体的な権利を定義するのに苦勞してきた。実際には、それらの「基本的な」権利を特定するための裁判所のアプローチは、疑いなく、中立的な次元での分析よりもむしろ政策決定(policymaking)を含む⁸⁴。被告は、デュー・プロセス条項から生じるとされる 3 つの異なる利益を提案している。それらは、「身体の完全性」、「家族、医療、信仰に関する個人の自律性」、「女性の平等な市民権」である。中絶を行う権利とは、結局のところ、憲法上の正当性を必死に探している究極的な政策目標(a policy goal)なのである⁸⁵。第 2 に、実体的・デュー・プロセスは、憲法の他の領域を歪めている。例えば、一旦、ある集団の個人のための「基本的」権利を特定すると、その権利を他の者に否定する法律を厳格に審査するよう、平等保護条項を持ち出してくるのである。一方で、ある種の「非基本的」な権利に関わる区分は、大雑把(cursory)に審査されるに過ぎない。実体的デュー・プロセスは、裁判所による憲法に基づかない多くの政策判断の中核をなすものである⁸⁶。第 3 に、実体的デュー・プロセスは、しばしば、「悲惨な目的(disastrous end)」のために行使される。Dred Scott v. Sandford において、当法廷は実体的デュー・プロセスの一種を持ち出して、連邦議会に連邦領に持ち込まれた奴隷を解放する権限がないとした⁸⁷。

法廷意見は、実体的デュー・プロセスの判例を適切に適用して、中絶を行う権利の捏造(fabrication)を否定しており、また、本件は実体的デュー・プロセスを全面的に否定する機会を事前に与えるものではないので、私は法廷意見に賛成である。しかし、今後の事例では、「奪うことのできない一定の実体的権利を定め、その上で、生命、自由、財産が奪われる場合のデュー・プロセスの権利を加えた憲法の条文に従うべきである」と述べている。実体的デュー・プロセスは、この文言上の命令に抵触し、多くの点において、我が国に害を及ぼしてきた。私達は、できるだけ早い機会に、私達の法律学から実体的デュー・プロセスを排除す

⁸⁰ Id. at 77.

⁸¹ Id. at 78.

⁸² Id. at 1 (Thomas, J., concurring).

⁸³ Id. at 2.

⁸⁴ Id. at 4.

⁸⁵ Id. at 5.

⁸⁶ Id. at 5-6.

⁸⁷ Id. at 6.

べきである⁸⁸。

2-3 Kavanaugh 裁判官の同意意見

当法廷での問題は、憲法が中絶について何を述べているかということである。憲法は、中絶の問題に関してどちらの側にも立つことはない。憲法の条文は、中絶に言及することも、それを包含することもないのである。確かに、当法廷は、憲法が、この国の歴史と伝統に深く根ざし、秩序ある自由の概念に暗黙的に含まれる列挙されていない権利を保護すると判示してきた。しかし、中絶を行う権利は、法廷意見が徹底的に説明しているように、アメリカの歴史と伝統に深く根ざしていない。したがって、中絶の問題に関して、憲法は賛成でも反対でもない。憲法は中立であり、この問題は国民とその選挙で選ばれた代表者が民主的なプロセスで解決することに委ねられている⁸⁹。憲法が中絶の問題に関して中立である以上、当法廷もまた、細心の注意を払って中立でなければならない。選挙で選ばれたわけでもない 9 人の裁判官は、民主的プロセスを無効にして、米国内の 3 億 3 千万人すべてに対して中絶反対、あるいは、中絶賛成を決定する憲法上の権限を持っていない。法廷意見は、アメリカ全土の中絶を法律で禁止するものではない。それどころか、法廷意見は、中絶の問題を、民主的プロセスにおける国民とその選出された代表者に適切に委ねたものである。その民主的プロセスを通じて、国民とその代表者は、中絶を許可するか制限するかを決定することができる⁹⁰。したがって、法廷意見は、中絶を許可している多数の州が、今後も容易に中絶を許可することを妨げるものではない⁹¹。

当法廷は、憲法上の判例が、(i) 先行の判決 (prior decision) が単に間違っているのではなく、著しく間違っている (egregiously wrong) 場合、(ii) 先行の判決が法学上または現実世界において重大な負の影響 (significant negative) を引き起こした場合、(iii) 先行の判決を覆すことによって正当な信頼利益が不当に損なわれない場合にのみ、先例を覆す

ことができると確立している。これらの要因を適用して、私は、Roe を破棄すべきであるという法廷意見に同意する。Roe 判決は、憲法が当法廷に与えていない極めて重要な道徳的で政策的問題を決定する権限を、誤って自らに課してしまったのである⁹²。

Casey 判決は Roe 判決をめぐる継続的な論争を認めた。当法廷は、中絶の議論を解決し、国民的論争を終わらせる共通の基盤を見つけようとしたのである。慎重かつ思慮深い検討の結果、Casey 判決の多数意見は、生存可能期間 (約 24 週) までの中絶を行う権利を再確認し、同時に、Roe が認めていたよりもいっから多くの中絶規制を認めることとなった。Casey 判決における意図的な努力は、中絶の議論を解決するものではなかった。全国的な分裂は終わっていない。近年、かなりの数の州が、Roe 判決に直接抵触する法律を制定している⁹³。

私は、法廷意見が、先例拘束性の原理の原則を適用し、Roe 判決を覆すべきだという結論に賛成である⁹⁴。法廷意見により、この法廷の 9 人の裁判官は、もはや 3 億 3 千万人のアメリカ人すべてに対して、生存可能期間前の中絶の基本的な合法性を決定することはないだろう。その問題は、州または議会の民主的プロセスにおいて、国民とその代表者によって解決されることになる。しかし、両当事者の主張は、他の関連する問題を提起しており、私はここでそのいくつかを取り上げる。第 1 に、この判決が避妊や結婚などの問題に関わる他の判例にどう影響するかという点である。Roe 判決を覆すことは、これらの判例を覆すことを意味せず、また、これらの判例を脅かしたり、疑問を投げかけたりするものでもない。第 2 に、例えば、ある州は、その州の住民が中絶手術を受けるために他の州へ旅行することを禁止することができるか。私の見解では、それはできない。州は、本日の判決が発効する前に行われた中絶に対して、遡及的に責任や罰を課することができるか。私の見解では、デュー・プロセス条項や事後法禁止条項に基づいて、それはできない⁹⁵。

⁸⁸ Id. at 7.

⁸⁹ Id. at 2. (Kavanaugh, J., concurring).

⁹⁰ Id. at 3.

⁹¹ Id. at 4.

⁹² Id. at 7.

⁹³ Id. at 8-9.

⁹⁴ Id. at 10.

⁹⁵ Id.

2-4 Roberts 首席裁判官の結果同意意見

私は、Roe 判決および Casey 判決のルールが破棄されるべきであることに同意する。第 1 に、当法廷は、Roe 判決において、中絶の分野における実質的利益を促進するために、政府が立法することができる最も早い時点として、生存可能性を採用したことに重大な誤りを犯している。Roe 判決は、生存可能性を軸とする厳格なトライメスターフレームワークを定めたが、これは憲法というよりも規制法 (regulatory code) に近いものであった⁹⁶。Roe 判決および Casey 判決が、妊娠の終了時期を生存可能時期まで延長しなければならない理由について、説得力のある、あるいは、色あせない議論をしなかったことは、驚くには値しない。生存可能性のルールは、通常の訴訟の外で作られたものであり、常に、完全に不合理であり、正当と認められた政府利益を考慮に入れていないのである⁹⁷。

生存可能性の線は、Roe 判決における中心的判示の境界に肉付けをするための別個のルールである。先例拘束性の原理に従い、私はこのルールを削除する⁹⁸。この補助的なルールを覆すことは、州に有利にこの事件を解決するのに、十分である。この州法は、15 週目までの中絶を認めており、Roe 判決が保護する権利を行使する十分な機会を与えている。妊婦がその時点に到達する頃には、妊娠は第 2 期に入っている。現在では、妊娠検査薬は安価で正確なものとなり、女性は通常、妊娠 6 週目までに妊娠していることがわかる⁹⁹。妊娠 15 週以降の中絶の禁止は、稀な状況を除いて、女性が妊娠を終了させるかどうかを「自分で決める」のに十分な時間を提供することを示唆している¹⁰⁰。

法廷意見が当然行うように、生存可能性の線は破棄されなければならないことを承認するが、中絶を行う権利を全く認めないかどうかは別の日に譲る。Roe 判決および Casey 判決を覆すという法廷意見は、これらの事件をどう見るかにかかわらず、法制度に大きな衝撃を与えるものである。誤った生存可能性を否定する、

より狭い範囲での決定であれば、不安は著しく軽減されるだろうし、この事件の判決にこれ以上は必要ない¹⁰¹。

2-5 Breyer 裁判官・Sotomayor 裁判官・Kagan 裁判官の反対意見

Roe 判決では、憲法は女性が子供を産むかどうかを自分自身で決める権利を保護するものである。Casey 判決では、政府は、妊娠の初期から「子供になる可能性のある胎児の生命を保護する正当な利益を有している」というものである。Casey 判決は、利益が競合する場合、よく行われるように、バランスをとることにした。女性の生命や健康を守るための例外規定がある限り、胎児が生存可能な状態になった後の中絶を禁止することは可能であるとした¹⁰²。法廷意見は、判決の地理的に拡大した影響 (geographically expansive effects of its holding) を隠そうとしている。法廷意見は、「各州」が好きなように中絶に取り組むことを認めていると、言う。もちろん、これは、中絶手術のために遠くの州までいく資金を用意できない貧しい女性にとっては、慰めにならない慰め (cold comfort) である。特に、経済的な資源を持たない女性は、法廷意見によって苦しむことになる。いずれにせよ、州内の制限も間もなく始まるだろう。法廷意見の後、いくつかの州は、女性が中絶を受けるために州外に出ること、あるいは、州外から中絶薬を受け取ることさえも禁止するかもしれない。また、女性が、他の州の中絶サービスを利用できるようにするための情報提供や資金提供などの試みを犯罪とする州もあるかもしれない。最も脅威的なことは、法廷意見には、連邦政府が全国的に、受胎の瞬間から、レイプや近親相姦の例外なく、中絶を禁止することを止める文言がないことである¹⁰³。法廷意見の 1 つの結果は、女性の権利と、自由で平等な市民としての地位の縮減であること、は確かである。今日、憲法は、予定外の妊娠をした女性が、子供を産むかどうか、その行為に伴うあらゆる人生の転機を、(合理的な範囲で) 自ら決定できることを保障している。そし

⁹⁶ Id. at 2 (Roberts, C. J., concurring).

⁹⁷ Id. at 5.

⁹⁸ Id. at 8.

⁹⁹ Id. at 9.

¹⁰⁰ Id. at 10.

¹⁰¹ Id. at 11.

¹⁰² Id. at 1-2 (Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., dissenting).

¹⁰³ Id. at 3.

て、このように女性の生殖の自由を守ることで、憲法は「女性が経済的、社会的に平等に参加する能力」をも保護したのである。しかし、もはやそうではない。法廷意見は、政府が常に女性に出産を強制することができ、最も早い時期の中絶でさえも禁止することができる、と述べている。このように、国家は、自由に引き受けたときには奇跡であるものを、強制されたときには悪夢となりうるものに変えることができるのである。一部の女性、特に、裕福な女性は、国家の権力行使 (State's assertion of power) を回避する方法を見つけるだろう。しかし、お金がなく、育児や仕事を休むこともできない女性もいる。もしかしたら、安全でない方法で中絶を試みて、身体に害を受けるかもしれないし、死ぬかもしれない。もしかしたら、妊娠して子どもを産むかもしれないが、個人的あるいは家族的に大きな犠牲を強いられるかもしれない。少なくとも、彼らは自分の人生をコントロールできなくなるという代償を払うことになる。憲法は、その自由と万人の平等を保障しているにもかかわらず、何の盾にもならない、と法廷意見は考えている¹⁰⁴。

法廷意見が方針を転換した理由はただ 1 つ、当法廷の構成 (composition of this Court) が変わったからである。先例拘束性の原理は、判決が「個人の気質ではなく、法に基づく (“founded in the law rather than in the proclivities of individuals”)」ことを保障することによって、「司法プロセスの実際的および認識上の統合性に寄与する (contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process)」と、当裁判所は、しばしば述べてきた。今日、個人の気質が支配している¹⁰⁵。

私達は、Roe 判決および Casey 判決について、それらが当法廷の広範な判例と深い関わりを持っていることについて説明する。Roe 判決および Casey 判決は、当初から、そして現在もなお、次のような形で組み込まれている。個人の自由と、人生のあり方を決定する市民の平等な権利という、憲法の中核をなす概念にある。これらの法概念は、アメリカ人であることの意味を定義するのに役立ってきたとさえ言えるかもしれ

ない。この国では、政府がすべての個人の選択をコントロールすることが、自由な国民と両立するとは考えていない。だから、すべてを「多数者と政府の役人の手の届く範囲 (the reach of majorities and government officials)」に置くことはしない¹⁰⁶。

Roe 判決において、「結婚、生殖、避妊、家族関係、育児、そして、教育」に関する個人の意思決定は、「修正 14 条の個人の自由という概念に基づく」長い判例の流れによって保護されていると説明した。また、憲法は、「妊娠を終了させるかどうかの女性の意思決定」を保護しなければならないとした¹⁰⁷。Casey 判決は、Roe 判決における中心的判示を支持したのである。Casey 判決は、今日に至るまで、中絶に関する重要な判例の 1 つである¹⁰⁸。Casey 判決は、女性の健康を守るためだけでなく、「出生前の生命を促進する」ためにも州は規制できることを明らかにした。しかし、政府は依然として、中絶を求める女性に「不当な負担」、あるいは、「実質的な障害」を置くことはできないとした¹⁰⁹。

この 50 年間、私達が生きてきた憲法形態 (constitutional regime) は、競合する利益を承認し、そのバランスを模索してきた。今日の憲法形態は、女性の利益を消し去り、政府利益のみを認めている¹¹⁰。

法廷意見は、この変更を 1 つの問いに基づいて行っている。Roe 判決および Casey 判決で認められた生殖に関する権利は、修正 14 条が批准された 1868 年に存在するのか、ということである。21 世紀の私達は、修正 14 条を批准者達と同じように読まなければならないというのが、法廷意見の中核的な法的な前提 (core legal postulate) である。そして、それこそが、法廷意見が何度も繰り返し主張していることである。仮に、批准者達が生殖に関する権利を修正 14 条の自由の保障の一部として理解していなかったとしたら、それらの権利は存在しないことになる¹¹¹。実際、1868 年当時も、1788 年に憲法が承認された当時も、制定

¹⁰⁶ Id. at 6-7.

¹⁰⁷ Id. at 7.

¹⁰⁸ Id. at 9.

¹⁰⁹ Id. at 11.

¹¹⁰ Id. at 12.

¹¹¹ Id. at 14.

¹⁰⁴ Id. at 4.

¹⁰⁵ Id. at 6.

者達は次のように考えていた。修正 14 条を含むオリジナル憲法の制定者達は、女性を平等な存在として認識しておらず、女性の権利を認めていなかったのである。法廷意見が、憲法の批准時の見解で読まなければならないと言うとき、それは女性を二流階級の市民権(second class citizenship)に委ねることになる¹¹²。1868 年にはなかったが、現在では女性に権利を認めているのはなぜか。憲法が女性に対する差別を司法の厳重な監視のもとに置くのはなぜか。修正 14 条の自由条項によって、女性が子供を産むかどうか、いつ産むかを自分で決められるように、避妊へのアクセスを保障しているのは、なぜか。今日まで、修正 14 条が、避妊に失敗した場合、妊娠を初期の段階で終わらせる女性の権利を保護してきたのはなぜだろうか。建国者達は、「何世紀にもわたって常に変化する状況に適用されるように設計された文書を書いていることを知っていた」。私達の歴史の中で、当法廷は制定者達の呼びかけに応じてきた。そして、新たな社会の理解や状況に対応し、新たな方法でそれらを適用することで、制定者達の原則に忠実であり続けてきたのである¹¹³。Casey 判決が導出した結論は 1 つである。すなわち、1868 年当時はどうであったにせよ、Roe 判決の弁論を聞いたときと同様に、憲法が、家庭と親子関係に関する個人の最も基本的な決定に対して介入する国家に制限を加えるということは、現在でも確定している、ということである。そして、この結論は、法廷意見の介入を受けるまで、なおも有効であった。憲法が、個人の身体と最も個人的な意思決定を支配する国家権力に制限を課しているということは、確立されたことであった¹¹⁴。

Roe 判決および Casey 判決は、家族問題、育児、親密な関係、生殖に関する選択を政府の介入から保護する判例の長い流れに完全に適合している¹¹⁵。Roe 判決がおよび Casey 判決の後も、当法廷はこの方向性を継続した。修正 14 条が同性間の親密な関係を保護することを決定するために、修正 14 条が同

性カップルにも結婚する権利を与えることを決定したのである¹¹⁶。

法廷意見は、それ自体で見れば、十分に破滅的(catastrophic enough)である。憲法上の方法の問題として、1868 年に確立された自由の意味に関するあらゆる見解を 2022 年に再現するという法廷意見のコミットメントは、全くもって推奨されるものでない¹¹⁷。法廷意見は、法廷意見でさえ同意している、争点となりうる道徳的な問題に関して、女性から主体性を奪うものである。それは、どんな状況であれ、そして、それが彼女と彼女の家族にどんな損害を与えようとも、国家の意志を実行することを彼女に強いるものである。修正 14 条の文言で言えば、それは彼女の自由を奪うものである¹¹⁸。

Roe 判決、Casey 判決、そして、中絶に対する憲法上の権利を支持または適用する 20 以上の判例を覆すことによって、法廷意見は法の支配の中心となる原則であるところの先例拘束性の原理を放棄する¹¹⁹。Roe 判決および Casey 判決は正しかったのである。中絶に関する議論を「女性がその問題について一切の選択を失うような決定的な方法により(in such a definitive way that a woman lacks all choice in the matter)」政府が「解決(resolve)」することはできないとしたことで、当法廷は、修正 14 条の先例に合致する形で、女性の自由と女性の平等を保護したのである¹²⁰。法廷意見は、Roe 判決、Casey 判決以降の法的あるいは事実的な変化にはほとんど触れていない。この 2 つの判決は、裁判所にとって実行が困難であることを示唆しているが、その根拠を示すことはできない。結局、法廷意見が、先例拘束性の原理を覆すために主張することは、「甚だしく間違っていた」ことを信じているという 1 点だけである。このルールは、当法廷の過半数が同意しないあらゆる判例に終焉をもたらす可能性がある¹²¹。

法廷意見の見解に反して、不当な負担テストには、

¹¹² Id. at 15.

¹¹³ Id. at 16.

¹¹⁴ Id. at 19.

¹¹⁵ Id. at 22.

¹¹⁶ Id. at 23.

¹¹⁷ Id. at 29.

¹¹⁸ Id. at 29-30.

¹¹⁹ Id. at 30.

¹²⁰ Id. at 31.

¹²¹ Id. at 32.

実行不能な点は何もない。不当な負担のテストのような一般的な基準は、法律、特に、憲法訴訟ではよくあること(ubiquitous)である。憲法の広範な原則を実現するために必要な場合、当法廷は、しばしば、無数の事件ごとに適用できる柔軟な基準(flexible standards)を作り出す¹²²。もちろん、裁判官の間でも意見の相違は生じている。Casey 判決はそれを承知していた。それは、「人生の複雑さに対応しなければならぬ法的基準の適用においても予想されることである(is to be expected in the application of any legal standard which must accommodate life's complexity)」。どのような法的基準を適用する場合でも、その程度のことは予想されることである。しかし、法廷意見は、この基準を適用する裁判官の間の分裂を大きく誇張している¹²³。実行可能性を懸念する人は、法廷意見の代用基準を検討すべきである。法廷意見は、中絶を規制または禁止する法律が「正当な利益を果たすと立法府が考えることができた合理的な根拠がある場合には、支持されなければならない」と言うのである。法廷意見は、「出生前の生命の尊重と保護」、「母体の健康の保護」、特定の「医療処置」の排除、「胎児の痛みの緩和」などの利益を挙げている。当法廷では、このテストがどのように適用されるかについて、重要な問題に直面することは間違いないだろう¹²⁴。法廷意見は、扱いにくいテスト(unwieldy tests)から裁判官を救うことも、論争の領域から裁判官を解放することもしていないのである。それどころか、既存の実行可能で、予測可能な基準を捨て、斬新で、おそらくはるかに複雑な(far more complicated)基準を採用した¹²⁵。

憲法上の判例を覆す場合、当法廷は、ほとんど常に、判決の当初の根拠を覆すような重大な法的または事実的な変化(major legal or factual changes)を指摘してきた。法廷意見は「現代の発展(modern developments)」についての議論にうなずきながらも、それに依拠していない¹²⁶。その後の事実の進展により、

Roe 判決および Casey 判決が覆されることはない。女性は、予定外の妊娠や予期せぬ妊娠を経験し続けている。妊娠は、物理的、社会的、経済的に甚大な影響を及ぼし続けている。妊娠は、身体に大きな負担をかけ、生理的な変化や耐え難い痛みを伴うことが避けられない。女性はまた、生計を立てる能力を阻害する妊娠に基づく差別に直面し続けている。有給休暇は、それを最も必要とする多くの人々にとって、依然として取得しにくい状況にある。民間企業の労働者のうち有給休暇を取得できるのはわずか 20%であり、そのうち最下層の労働者はわずか 8%である¹²⁷。さらに、出産後に親権を放棄するという選択は、妊娠を継続しないという選択とは全く異なるものである。現実には、中絶を拒否された女性が養子縁組を選択することはほとんどない。Roe 判決および Casey 判決の時代と同じように、大多数の女性は育児にかかる費用を負担し続けるだろう¹²⁸。Mississippi 州では妊娠の 62%が計画外妊娠であるが、Mississippi 州は避妊具の保険適用を義務付けず、教育者が適切な避妊具の使用方を示すことを禁止している。また、Mississippi 州は妊娠に基づく差別を禁止しておらず、有給育児休暇の取得も義務づけていない¹²⁹。Roe 判決および Casey 判決における唯一顕著な変化といえるのは、判例を忠実に遵守することに賛同しているということである。それは、アメリカにおける中絶に関する法律が、ますます他の国々と足並みを揃えるようになった。世界的な傾向として、合法的で安全な中絶医療を提供する傾向が強まってきている¹³⁰。

法廷意見は、過去の憲法判例を覆す 2 つの重要な判例を引用している。それは、West Coast Hotel Co. v. Parrish、および、Brown v. Board of Education である。

West Coast Hotel 判決では、当法廷は、経験というレンズ(the lens of experience)を通して、既存の法理論の欠点を承認し、追いついた¹³¹。Brown 判決では、変化した事実と変化した法律により、Plessy 判決

¹²² Id. at 33.

¹²³ Id. at 34.

¹²⁴ Id. at 35.

¹²⁵ Id. at 37.

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Id. at 38-39.

¹²⁸ Id. at 39.

¹²⁹ Id. at 41.

¹³⁰ Id. at 42.

¹³¹ Id. at 44.

の終焉が求められたのである¹³²。

法廷意見は、こうした変化を認めることで、**Brown** 判決および **Plessy** 判決の間の半世紀の中絶 (**half-century interlude**)を暗黙のうちに支持している、と言う。しかし、そうではない。第1に、仮に **Brown** 判決が法廷意見の憲法解釈の方法を用いていたならば、5年後、50年後、500年後であろうと、**Plessy** 判決を覆すことはなかったかもしれない。**Brown** 判決は、批准時代の歴史が人種差別撤廃を支持しているかどうかは、「よくても・・・結論が出ない (**at best . . . inconclusive**)」と考えていた。しかし、それを差し引いても、ある判決が甚だしく間違っているからと言って、絶対に覆らないとは言い切れないのである¹³³。法廷意見が依拠する **Barnette** 判決および **Brown** 判決には、法廷意見は異なるもう1つの特徴がある。それは、個人を保護したことである。法廷意見のように、個人が50年間保持し、信頼してきた権利を取り上げるようなことはしていない¹³⁴。**Roe** 判決および **Casey** 判決は、アメリカ社会の広範な傾向を反映し、そこから逸脱することはなかったからである。もちろん、多くの女性を含む多くのアメリカ人が、これらの判決に反対していたことは事実であり、現在もそうである。しかし、事実は変わらない。**Roe** 判決および **Casey** 判決は、20世紀後半に起こった女性の役割に関する重大かつ継続的な変化の産物であった¹³⁵。

Roe 判決および **Casey** 判決を維持する理由は、これらの判決が生み出した圧倒的な信頼性から、さらに強くなる。実際、現在、出産可能年齢にあるすべての女性は、**Roe** 判決および **Casey** 判決の保護を利用できることを期待して育ってきたのである。**Roe** 判決および **Casey** 判決を覆すことによる混乱は、それゆえに深刻である¹³⁶。家庭や経済的な事情、予期せぬ医学的合併症、悲痛な胎児の診断など、妊娠の最中に何かが変わったときに、中絶を頼りにするかもしれない。法廷意見のように、中絶を行う権利を奪うことは、そうした個々の計画や予感をすべて破壊することになる。そ

うすることで、女性が国の政治的、社会的、経済的生活に完全かつ平等に参加する機会を奪ってしまうのである¹³⁷。

今回問題となった州法には、未成年の女性であっても、レイプや近親相姦の例外がない。また、妊娠中に状況が変化したために、中絶を決意する女性がいることを無視している。これから妊娠を続けなければならない人達にとって、**Roe** 判決および **Casey** 判決の喪失は悲惨なものになりかねない。特に、お金のない女性にとってはそうである。かつてこの判決を信頼していた女性達に「(**Roe** 判決の) 否定の代償を数える」とき、最も大きな負担がどこにかかるかは想像に難くない。中絶を禁止している州では、経済的に余裕のある女性が、必要なサービスを受けるために移動することが可能である。最も苦しむのは、そうする余裕のない女性達である。このような女性は、そもそも中絶の治療を受ける可能性が最も高い¹³⁸。今日の判決以降、合法的な中絶ができない州では、安全で合法的な中絶を受けることができない。彼らは、必要な旅費も、そのための育児をするお金も、仕事を休むお金もないだろう。多くの人は、自分の意思に反して、妊娠や出産の費用やリスクに耐えることになる。また、絶望から、違法で安全でない中絶を行う人もいる。彼らは自由だけでなく、人生をも失うかもしれない¹³⁹。

女性は50年間、**Roe** 判決および **Casey** 判決に依拠してきた。**Roe** 判決および **Casey** 判決が消えれば、支配 (**power**)、コントロール、尊厳の喪失は計り知れない。**Roe** 判決および **Casey** 判決が創出した広範な期待を認識しなかったことは、信頼に対する貧弱な見方を反映したものである。法廷意見によれば、信頼に関する利害は、「財産」や「契約」に関わるような「非常に具体的」なものでなければならないという。信頼性を扱った当法廷の判例の多くは、「商業的文脈 (**commercial context**)」であったが、どの判例も、利害が、先例拘束性の原理を保障するために商業的なものと類似していなければならないとはしていない¹⁴⁰。

¹³² *Id.* at 44-45.

¹³³ *Id.* at 45.

¹³⁴ *Id.* at 45-46.

¹³⁵ *Id.* at 46.

¹³⁶ *Id.* at 47-48.

¹³⁷ *Id.* at 49.

¹³⁸ *Id.* at 49-50.

¹³⁹ *Id.* at 51.

¹⁴⁰ *Id.* at 52.

法廷意見は、Roe 判決および Casey 判決において女性が持つ信頼性の利益が、あまりにも「無形」であると主張している。これは、私達が男女として知っていることを、裁判官として無視することである。Roe 判決および Casey 判決における女性の利益は、完全に、直感的に、具体的である。数え切れないほどの女性が、キャリア、教育、人間関係、妊娠を試みるかどうかについて、Roe 判決が後ろ盾として機能していた時とは、異なる決断をすることになる。また、以前なら中絶を選択したはずの女性が、あらゆるコストと危険性を伴いながら妊娠を継続することになる。何百万人もの女性にとって、Roe 判決および Casey 判決は、自分の身体と人生をコントロールできるようにする上で非常に重要な役割を担っている。法廷意見がもたらす苦しみに目をつぶっていても、その苦しみが消えることはない¹⁴¹。

法廷意見は、Casey 判決が中絶をめぐる対立を鎮めるために法の枠外で行動し、「国家分裂 (national division)」を終わらせるために、この問題の無原理的な「解決」(unprincipled “settlement”)を押し付けたと非難しているのである。当法廷は法律を適用しなければならない。ここでは、どこよりも、裁判所は法律を適用する必要がある。特に、先例拘束性の原理を適用する必要がある。市民が裁判所の判断に異議を唱え続けることは分かっている。なぜなら、「良心のある男性と女性 (“men and women of good conscience”）」は、中絶について深く意見を異にしているからである。そのような場合、そのような論争が起こったとしても、軌道修正 (reversing course) するための法的根拠がないとき、裁判所は不動 (steadfast) である必要がある¹⁴²。

今回、5人の裁判官からもうひとつの駄目押しがなされた。法廷意見は、Roe 判決および Casey 判決を覆した。それは、Roe 判決および Casey 判決に対する反感を表明した一連の反対意見を、中絶の全面的な禁止を容認する判決に転換したのである。新しい「教義」(new “doctrinal school”)を信奉する新しい多数意見が、「数の力 (“by dint of numbers”）」だけで自分達の権利を消滅させることができると考えていたの

である。それ以外のことが起こったと結論づけるのは難しいし、不可能である。法廷意見により、今日、憲法の基本的な保護を失った百万人のアメリカの女性のために、私達は反対意見を表明する¹⁴³。

3 中絶規制の判断枠組み—トライメスターフレームワークから不当な負担テストへ

母体の生命に危険がある場合を除いて中絶を全面禁止する州法の合憲性が争われた 1973 年の Roe v. Wade¹⁴⁴における Blackmun 裁判官の法廷意見は、プライバシー権の中に中絶を行う権利が含まれることを認めつつ、妊娠期間を 3 つに分割し、それぞれについて政府の規制が許容される限度を画定するという審査枠組みを提示した(トライメスターフレームワークと呼ばれる審査枠組みである¹⁴⁵)。Roe 判決は憲法で規定されていない基本的権利の保障の在り方に関する議論を巻き起こしたと同時に¹⁴⁶、中絶に関する議論をシャットアウトするほどに強烈であったために、バック

¹⁴³ Id. at 59-60.

¹⁴⁴ 410 U. S. 113 (1973). Roe 判決が中絶反対運動を活性化させる契機になったと指摘されている。Linda Greenhouse & Reva B. Siegel, *Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash*, 120 YALE L.J. 2028, 2033, 2086 (2011).

¹⁴⁵ トライメスターフレームワークは、女性のプライバシー、胎児の生命のいずれが優越するかを胎児の生存可能性期間により決定するという枠組みである。Randall Kelso, *The Structure of Planned Parenthood v. Casey Abortion Rights Law: Strict Scrutiny for Substantial Obstacles on Abortion Choice and Otherwise Reasonableness Balancing*, 34 QUINNPIAC L.R. 75, 80 (2015).

¹⁴⁶ Helen Garfield, *Privacy, Abortion, and Judicial Review: Haunted by the Ghost of Lochner*, 61 WASH. L. REV. 293, 296 (1986). Roe 判決がその後の中絶の議論に混乱をもたらしたとされている。Brendan Beery, *Tiered Balancing and the Fate of Roe v. Wade: How the New Supreme Court Majority Could Turn the Undue-Burden Standard into a Deferential Pike Test*, 28 KAN. J.L. & PUB. POL'Y 395, 402 (2019). Roe 判とバックラッシュの関係に関する極めて重要な研究として、黒澤修一郎「Roe 判決とバックラッシュ・テーゼ (1)」島大法学 61 巻 2 号 (2017 年) 1~34 頁、「Roe 判決とバックラッシュ・テーゼ (2)」島大法学 62 巻 1 号 (2018 年) 55~101 頁、が挙げられる。

¹⁴¹ Id. at 53.

¹⁴² Id. at 55-56.

ラッシュを生じさせた¹⁴⁷。しかし、こうした中でも、連邦最高裁は *Roe* 判決を確認し続け、しかも、その趣旨を拡大し、中絶を実質的に禁止するような中絶規制を違憲としてきた¹⁴⁸。

ところが、1986年にレーンキストコートに入り、*Roe* 判決に対する否定的評価が目立つようになり¹⁴⁹、そうした中で、連邦最高裁は中絶規制の合憲性の判断に関する新たな判断枠組みを提示することになる。それを示したのが *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁵⁰である。O'Connor 裁判官、Kennedy 裁判官、Souter 裁判官の多数意見では、*Roe* 判決の中心的判示（この中心的判示とは、第1に、中絶を行う権利は修正14条のもとで保護されるということ、第2に、胎児が母体の外で生存可能となった後、女性の生命および健康を危うくする妊娠について例外規定をおく限りにおいて州は中絶を規制できること、第3に、州には母体の健康と胎児を保護する正当な利益が認められること、である）を維持することを確認するが、トライメスターフレームワークは、*Roe* 判決の中心的判示ではないとし放棄する。そこで、多数意見は、*Roe* 判決に代わる司法審査基準を検討し、不当な負担テストを提示する。ここにいう不当な負担とは、生存可能性以前の胎児の中絶を行うとする女性に対して、重大な障害を課す目的あるいは効果を有する規制を指す。そして、問題となった州法の規定のうち、配偶者の同意要件のみを違憲とした。

この不当な負担テストは、部分的に出産に類似する中絶（partial-birth abortion）規制の事例においても適用されることになる。*Stenberg v. Carhart*¹⁵¹では、母体の生命の保護を除いてすべ

ての部分的に出産に類似する中絶を禁止した州法が違憲とされた。Breyer 裁判官の法廷意見は、2つの点において州法が違憲であるという。まず、例外規定である。州法は母親の生命を保護する場合にしか例外を認めておらず、先例と矛盾することになる。次に不当な負担である。州法の部分的に出産に類似する中絶に関する定義は、実質的に胎児の生存可能以前に用いられる中絶方法までも禁止することが認められ、州法は中絶を行うすべての女性に不当な負担を課すものである。

ところが、*Gonzales v. Carhart*¹⁵²では、胎児を切断して子宮から排出する intact D&E を禁止した連邦法が合憲とされた。Kennedy 裁判官の法廷意見は、その理由を以下のように提示する。Case 判決において示された3つの基本的判断を再確認する。第1に、女性は胎児の生存可能性以前において州からの介入なく中絶を行う権利を有する。第2に、胎児の生存可能性以降州は女性の生命および健康を危うくする妊娠について例外規定があれば、中絶を禁止することができる。第3に、州は女性の健康と胎児の生命を保護する正当な利益を有する。特に、重要なのが第3の原則である。胎児の生命を保護する政府の正当な利益を判断するに際して、規制の目的または効果が女性にとり実質的障害となるならば不当な負担となるが、女性にとり実質的障害とならないならば不当な負担とはならない。そして、本件においても *Casey* 判決の基準が適用される。まず、連邦法の規定が広汎で文面上違憲であるかどうかである。連邦法が禁止するのは intact D&E だけであって、連邦法の規定は不明確ではなく、文面上違憲ではない。次に、連邦法が不当な負担を課すかどうかについてである。連邦法の目的は、胎児の生命の保護であり、胎児の生命に対する尊重を促進するために医療を規制することは正当な目的である。また、母体の健康を保護とする場合を除くという例外規定についても、連邦法にはそのような例外規定は存在しないが、しかし、本件の場合それはそれが不当

¹⁴⁷ Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 381, 381-83 (1985).

¹⁴⁸ *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

¹⁴⁹ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

¹⁵⁰ 505 U. S. 833 (1992).

¹⁵¹ 530 U.S. 914 (2000).

¹⁵² 550 U.S. 124 (2007).

な負担にはならない。先例では、女性の健康を実質的に危うくするならば違憲であるということを前提としてきたが、本件の場合にそのような危険を生じさせるかについては医学上の不確実性が存在する。そして、医学上の不確実性が存在するとき、不当な負担とならないとすることは先例と矛盾するものではない。さらに、連邦法は、通常のD&Eは禁止されておらず、intact D&Eが必要な場合でも他の方法により代替することによっても、この結論は支持される。

合衆国最高裁において、不当な負担テストはこれまで維持されてきた。中絶の施行者や中絶施設を標的とした規制（Targeted Regulation of Abortion Providers）が問題となった *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁵³では、中絶を行う医師に対して中絶施設から30マイル以内で、産婦人科のある病院に患者を搬送し診察する特権を獲得していることを義務付けるという要件、および、中絶施設に対して Ambulatory Surgical Center (ASC) と同様の水準の充足を義務付けるという要件が不当な負担に該当するとし、違憲とした。Breyer 裁判官の法廷意見は、まず、特権の獲得の義務付けが不当な負担であるとし、その理由として、女性の健康保護という州の正当な利益を促進しないこと、州の半分の中絶施設を閉鎖に追い込んでいるということ、女性の移動距離を強いることを挙げる¹⁵⁴。また、法廷意見は、特権獲得の義務付けが中絶施設を提供する側にも不当な負担になるとし¹⁵⁵、さらに、移動距離の増加は不当な負担ではないとする *Casey* 判決の枠組みを変更して、女性の移動距離の増加が不当な負担に

該当するとした¹⁵⁶。次に、ASC の水準充足の義務付けについてである。法廷意見は ASC の水準充足の義務付けも不当な負担に該当するとし、その理由として、医学上不要であること、中絶に際して合併症が生じた場合にも何らの利益にも資することがないこと、を挙げる。

このように、*Hellerstedt* 判決においては、中絶へのアクセスに対する不当な負担の考慮を要求していること¹⁵⁷、法律の正当化事由が医学上不要である場合には立法に対して敬讓を行わないこと、中絶へのアクセスに実質的な障害を課さない場合でも州の正当な利益との合理的関連性以上のものを要求し、州が掲げる母体の保護という規制の目的と、その目的を達成するための手段（特権の獲得の義務付け、ASC の水準充足の義務付け）との間の関連性がないことを指摘しているところから¹⁵⁸、審査レベルを引き上げている。学説はこれを

¹⁵⁶ 特に、地方に住む女性にとって、移動距離は不当な負担になるとされている。Lisa R. Pruitt, *Toward a Feminist Theory of the Rural*, 2007 UTAH L. REV. 421, 463-483 (2007).

¹⁵⁷ 中絶を行う施設とそのアクセスを保護したことに、*Hellerstedt* 判決の意義がある。Dennis Pathroff, Comment, *Abortion and Birth Control-United States Supreme Court Declares Texas' Restrictions on Abortion Facilities Unconstitutional: Impact on States with Similar Abortion Restrictions*, 92 N.D. L. REV. 213, 228-29 (2016). また、中絶のアクセスを制限することが、性のステレオタイプを強制するものと批判されている。Reva Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Woman-Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. ILL. L. REV. 991, 991 (2007).

これに対しては、*Hellerstedt* 判決は中絶施設のアクセスを保護しただけであり、中絶を行う権利それ自体を保護したのではなく、その保護の程度は不明確であるという指摘がある。Mary Ziegler, *Substantial Uncertainty: Whole Woman's Health v. Hellerstedt and the Future of Abortion Law*, 2016 SUP. CT. REV. 77, 78 (2017); R. Alta Charo, *Whole Women's Victory—or Not?*, 375 NEW ENG. J. MED. 809, 810 (2016).

¹⁵⁸ Meghan Harper, *Making Sense of Whole Woman's Health v. Hellerstedt: The Development of a New Approach to the Undue Burden Standard* 65 U. KAN. L. REV. 757, 782 (2017).

¹⁵³ 579 U.S. 582 (2016).

¹⁵⁴ この点については、Ushma D. Upadhyay et al., *Denial of Abortion. Because of Provider Gestational Age Limits in the United States*, 104 AM. J. PUB. HEALTH. 1687 (2014) が詳しい。

¹⁵⁵ 中絶は安全な医療という裁判所の認識があるという。Becca Kendis, *Faute de Mieux: Recognizing and Accepting Whole Woman's Health for Its Strengths and Weaknesses*, 69 CASE W. RES. L. REV. 1007, 1027 (2019).

「歯のある不当な負担テスト (undue burden with teeth)」に変貌した¹⁵⁹、あるいは、不当な負担テストが実際に機能するものへと変貌した¹⁶⁰、と評価する。

従来判例の立場である不当な負担テストの特色は、胎児の生命の保護という政府利益¹⁶¹と中絶を行う権利に対する負担の程度をバラシングしつつも¹⁶²、不当なものとして判断された中絶規制

をカテゴリカルに違憲とするものである¹⁶³。要するに、不当な負担テストの役割は、女性の中絶を妨げようとする動機に基づいて制定された法律の排除することにある¹⁶⁴。なお、不当な負担テストの審査のレベルは明確ではないものの¹⁶⁵、Casey判決は合理性の基準にも言及していることから、少なくとも不当な負担テストは厳格なレベルの審査ではない¹⁶⁶。

不当な負担テストは女性のプライバシー権保護に一定の役割を担い、今後も維持されるべきとき

¹⁵⁹ Chelsea M. Donaldson, Note, *Constitutional Law/Reproductive Justice – Breaking The TRAP: How Whole Woman’s Health Protects Abortion Access, and the Substantive Due Process Clauses Rebut Anti-Abortion Regulations*, 40 W. NEW ENG. L. REV. 257, 298 (2018). 要するに、これは中間基準ということであるが、中間基準の適用される要因には、法律の標的となった個人に対する影響と個人の重要な権利に対する侵害がある。Sarah Finnane Hanafin, *Comment, Legal Shelter: A Case for Homelessness as a Protected Status Under Hate Crime Law and Enhanced Equal Protection Scrutiny*, 40 STETSON L. REV. 435, 468 (2011).

Hellerstedt判決後も中絶規制は続き、しかも、厳格化している。Catherine Gamper, *A Chill Wind Blows: Undue Burden in the Wake of Whole Women’s Health v. Hellerstedt*, 76 MD. L. REV. 792, 816 (2017); Reva Siegel, *Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression*, 56 EMORY L.J. 815, 815 (2007).

¹⁶⁰ *Fourteenth Amendment—Due Process Clause—Undue Burden: Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 130 HARV. L. REV. 397, 397-98 (2016).

¹⁶¹ 胎児の生命の保護は一見すると正当に思えても、そこには女性に対する差別動機があると指摘されている。Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, 92 COLUM. L. REV. 1, 33-34 (1992).

¹⁶² Randall Kelso, *The Structure of Planned Parenthood v. Casey Abortion Rights Law: Strict Scrutiny for Substantial Obstacles on Abortion Choice and Otherwise Reasonableness Balancing*, 34 QUINNIPIAC L. REV. 75, 78 (2015); Karen A. Jordan, *The Emerging Use of a Balancing Approach in Casey’s Undue Burden Analysis*, 18 U. PA. J. CONST. L. 657, 717 (2015); Alan Brownstein, *How Rights are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 HASTINGS L.J. 867, 870 (1994). ただし、そのバラシングは政府利益に傾きがちとされている。Leah Litman,

Response, Potential Life in the Doctrine, 95 TEX. L. REV. 204, 207 (2017); Kent Greenawalt, *Refusals of Conscience: What Are They and When Should They Be Accommodated?*, 9 AVE MARIE L. REV. 47, 64 (2010).

¹⁶³ Kathryn Kolbert & David Gans, *Responding to Planned Parenthood v. Casey: Establishing Neutrality Principles in State Constitutional Law*, 66 TEMP. L. REV. 1151, 1154-56 (1993).

¹⁶⁴ See Valerie Pace, *Salvaging the Undue Burden Standard—Is It a Lost Cause: The Undue Burden Standard and Fundamental Rights Analysis*, 73 WASH. U. L. Q. 295 314-19 (1995). 世論の支持を得るために中絶が制限される場合もあるとされる。Gerald N. Rosenberg, *The Surprising Resilience of State Opposition to Abortion: The Supreme Court, Federalism, and the Role of Intense Minorities in the U.S. Politics System*, 34 ST. LOUIS U. PUB. L. REV. 241, 247 (2015).

ただし、不当な負担テストにおける目的審査が十分に機能していないという指摘がある。

Thomas Colby, *The Other Half of the Abortion Right*, 20 U. PA. J. CONST. L. 1043, 1060 (2018). 加えて、裁判所は中絶規制に隠されている違憲の動機を無視して、中絶へのアクセスに不当な負担を課すかどうかだけに焦点を当てているという指摘もある。Lucy Downing, *The Smokescreen Problem in Abortion Jurisprudence: How the Undue Burden Standard and Long-Term Legislative Tactics Allow Courts to Turn a Blind Eye to True Legislative Intent*, 85 MO. L. REV. 1, 2 (2020).

¹⁶⁵ Gillian Metzger, *Unburdening the Undue Burden Standard: Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence*, 94 COLUM. L. REV. 2025, 2032-33 (1994).

¹⁶⁶ 高井裕之「レーンキスト・コートにおける実体的デュー・プロセス論の展開」宮川成雄編『アメリカ最高裁とレーンキストコート』(成文堂、2009年) 254頁。

れてきた¹⁶⁷。不当な負担テストの修正を主張する学説もあり、女性の中絶を行う権利を段階的に侵害することを防ぐために、中絶と同等の医療行為に対する規制と比較し、他の医療行為を規制するよりも中絶を厳しく規制する場合には、不当な負担になるという枠組みが提示されている。この枠組みは、特定の法律が中絶を行う女性に対して、不当な負担を課しているのかどうかを問うのではなく、女性が不当な負担を経験しているかどうかを問うものである。言い換えれば、この枠組みは、中絶を求める女性の立場に立ち、全体的に見て、女性が不当な負担を経験しているかどうかを問うものである。中絶を求める女性の視点に立つことで、女性が中絶にアクセスする際に直面する障害が明らかになる¹⁶⁸。

しかしながら、不当な負担テストには批判も多かったのも事実である。このテストの内容および適用の在り方が不明確で¹⁶⁹、裁判官の主観¹⁷⁰、裁判所の構成¹⁷¹に左右される。しかも、Roe 判決に

¹⁶⁷ Lauren Paulk, *What Is an “Undue Burden”? The Casey Standard as Applied to Informed Consent Provisions*, 20 UCLA WOMEN'S L.J. 71, 109 (2013).

¹⁶⁸ Kate L. Fetrow, *Taking Abortion Rights Seriously: Toward A Holistic Undue Burden Jurisprudence*, 70 STAN. L. REV. 319, 347 (2018).

¹⁶⁹ 下級審において不当な負担テストが一貫性なく適用されている。John Robertson, *Science Disputes in Abortion Law*, 93 TEX. L. REV. 1849, 1852-53 (2015); Kali Ann Trahanas, *Comment, How the Undue Burden Standard Is Eroding Informed Consent*, 10 SETON HALL CIR. REV. 231, 260 (2013).

¹⁷⁰ Jeannie Suk, *Is Privacy a Woman?*, 97 GEO. L.J. 485 (2009); Jill Hamers, *Note, Reeling in the Outlier: Gonzales v. Carhart and the End of Facial Challenges to Abortion Statutes*, 89 B.U. L. REV. 1069, 1078-79 (2009). 不当な負担テストが維持されるかどうかは、裁判官の見解に左右されるとされていた。Neil S. Siegel, *The Distinctive Role of Justice Alito: From a Politics of Restoration to a Politics of Dissent*, 126 YALE L.J. F. 164, 166 (2016).

¹⁷¹ Brendan Beery, *Rational Basis Loses Its Bite: Justice Kennedy's Retirement Removes the Most Lethal Quill from LGBT Advocates' Equal Protection Quiver*, 69 SYRACUSE L. REV. 69, 69 (2019); John A. Robertson, *Whole*

における厳格審査よりも遥かに緩やかな審査基準であり¹⁷²（これは端的に合理性の基準である¹⁷³）、また、不当な負担テストの採用により、Casey 判決では配偶者の同意要件のみが違憲とされ、その他の規定は合憲とされたことから、女性のプライバシー権に対する広汎な規制を許容するものとなったとされている¹⁷⁴。すなわち、不当な負担テストは、女性のプライバシー権の保障にとり後退であり、その保護を弱めているとされている¹⁷⁵。し

Woman's Health v. Hellerstedt and the Future of Abortion Regulation, 7 U.C. IRVINE L. REV. 623 643 (2017).

¹⁷² Emma Freeman, *Note, Giving Casey Its Bite Back: The Role of Rational Basis Review in Undue Burden Analysis*, 48 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 279, 279-80 (2013); Linda Wharton, *Roe at Thirty-Six and Beyond: Enhancing Protection for Abortion Rights Through State Constitutions*, 15 WM. & MARY J. WOMEN & L. 469, 471 (2009); Jessie Hill, *The Constitutional Right to Make Medical Treatment Decisions: A Tale of Two Doctrines*, 86 TEX. L. REV. 277, 320-21 (2007); Linda Wharton et al., *Preserving the Core of Roe: Reflections on Planned Parenthood v. Casey*, 18 YALE L.J. 317, 317 (2006); ERWIN CHERMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES*, 826-30 (2006).

¹⁷³ 連邦最高裁も不当な負担テストを合理性の基準として理解してきたという。Mary Ziegler, *Rethinking an Undue Burden: Whole Woman's Health's New Approach to Fundamental Rights*, 85 TENN. L. REV. 461, 481-83 (2017). あるいは、アドホックなテストであるという指摘もある。Amit Schejter & Moran Yemini, *“Eyes Have They, but They See Not”: Israeli Election Laws, Freedom of Expression, and the Need for Transparent Speech*, 14 COMM. L. & POL'y 411, 444 (2009).

¹⁷⁴ Caitlin Borgmann, *Abortion, the Undue Burden Standard, and the Evisceration of Women's Privacy*, 16 WM. & MARY J. WOMEN & L. 291, 291 (2010); Joan L. Larsen, *Importing Constitutional Norms from a “Wider Civilization”: Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, 65 OHIO ST. L.J. 1283, 1325-26 (2004).

¹⁷⁵ Reva Siegel, *Dignity and Politics of Protection: Abortion Restriction Under Casey/Carhart*, 117 YALE L.J. 1694, 1706-13 (2008); Gillian Metzger, *Abortion, Equality, and Administrative Regulation*, 56 EMORY L.J. 865, 867 (2007).

かも、不当な負担テストは、女性のプライバシーを物理的、家族的、精神的に侵害し、世間に恥をかかせたり、屈辱を与えたりする以外の目的はないと批判されている¹⁷⁶。

4 本判決の分析

以下では、本判決の分析を行う。法廷意見の意義は、後に見るように、実体的デュー・プロセスのもとで中絶を行う権利は基本的権利ではないとしたこと、従来判例の立場であった負担テストを実用性がないとし否定したこと、Roe 判決および Casey 判決の判例変更を行ったこと、にある。

4-1 実体的デュー・プロセス

連邦最高裁は、Roe 判決に代表されるように、修正 14 条のデュー・プロセス条項を用いて、一定の基本的権利を保障する実体的デュー・プロセスを採用してきた¹⁷⁷。実体的デュー・プロセスの特徴は、歴史と伝統に深く根ざしている権利を基本的権利として保護することにある¹⁷⁸。この歴史と伝統に依拠する実体的デュー・プロセスは、Glucksberg テストと称される。Roe 判決以降、連邦最高裁が明示的に基本的権利として認めたのは、家族生活における個人の選択の自由¹⁷⁹、延命治療の治療拒否権¹⁸⁰、親の養育権¹⁸¹である。学説上では、少なくとも中絶のような人間の親密な選択に対して政府の介入を拒否する権利は、基本的権利として認められるという¹⁸²。

法廷意見は、Glucksberg テストに依拠し、中絶を行う権利が、この国の歴史と伝統に深く根ざしていないという。法廷意見によれば、刑事罰を科すことを条

件に中絶を禁止する伝統が、コモン・ローの初期の時代から、1973 年まで連綿と続いてきたという。しかも、法廷意見は、中絶が潜在的な生命の破壊であり、過去認められた基本的権利とは異なるという。なお、

Thomas 裁判官の同意意見によれば、中絶を行う権利を憲法上の正当性を必死に探している究極的な政策目標であるとし、権利であることを完全に否定する。

もともと、法廷意見は実体的デュー・プロセスのもとで中絶を行う権利が基本的権利ではないとするだけであり、実体的デュー・プロセスそれ自体を否定するものではない¹⁸³。これに対して、Thomas 裁判官の同意意見は、端的に、実体的デュー・プロセスが、「憲法にいかなる根拠もない」矛盾したものであるとし、実体的デュー・プロセスそれ自体を否定する。

このように、法廷意見は、中絶を行う権利が基本的権利であることを明確に否定する。なお、Roberts 首席裁判官は中絶を行う権利を否定しておらず、州法は 15 週目までの中絶を認めており、Roe 判決が保護する権利を行使する十分な機会を与えているとする。

法廷意見は中絶を行う権利が基本的権利ではない以上、その制限の合憲性を判断するに際しては、合理性の審査が妥当するという。法廷意見は中絶規制に際して、正当な利益を果たすと立法府が考えることができた合理的な根拠がある場合には、その合憲性が支持されなければならないという。これに対して、反対意見は、この審査の適用のあり方が不明確であると批判する。

また、法廷意見によれば、中絶を行う権利を広範な自律の権利に訴え、正当化する試みもあるが、これだと、違法薬物の使用や売春などの基本的権利を認めることになりかねないとする。

Glucksberg テストのもとで、基本的権利の制限が問題となる場合に、アメリカの建国期、あるいは、

¹⁷⁶ Khiara M. Bridges, "Life" in the Balance: Judicial Review of Abortion Regulations, U.C. DAVIS L. REV. 1285, 1293 (2013).

¹⁷⁷ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁷⁸ 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学 141・142 号 (1987 年) 306~316 頁。

¹⁷⁹ Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

¹⁸⁰ Cruzan v. Director Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

¹⁸¹ Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000).

¹⁸² LAWRENCE TRIBE, ABORTION: THE CLASH OF ABSOLUTES 82-95 (1990).

¹⁸³ 実体的デュー・プロセスの判断方法としては、裁判官自身の道徳哲学により基本的権利を特定するものである理に基づく判断、バランスングテスト、端的に政府の行為が自由の侵害かどうかを問う Lawrence テスト、がある。これらは、相互に排他的な関係にはなく、当該事案において問題となっている権利に応じて、判断方法が異なるだけである。

修正 14 条の制定期において当該権利の確立が明確でなければ、基本的権利の主張は失敗することになる¹⁸⁴。その意味で、この *Glucksberg* テストは、基本的権利の保障を極めて限定しようとするものであると言えよう¹⁸⁵。確かに、歴史や伝統は基本的権利の承認基準として機能してきたが、同時に、その不明確さゆえに裁判官の実体的価値判断の問題を生じさせてきたのも事実である¹⁸⁶。しかも、歴史や伝統に依拠するということは過去の多数者の意思を尊重し、過去の多数者が現在の多数者を拘束することを意味する¹⁸⁷。そのために、伝統や歴史を依拠し修正 14 条から基本的権利を導出することは、修正 14 条の反多数者主義という目的と反することになる¹⁸⁸。

中絶の合憲性を判断するに際しては、厳格な審査を行うべきであるという学説が有力である。中絶を行うかどうかを決定する女性の権利は明確に基本的権利であり¹⁸⁹、その制限には厳格審査が妥当するという¹⁹⁰。また、不当な負担テストによっても、中絶が女性の私的選択であると判断された場合、政府はその女性の選択を妨害したり影響を与えたりしてはならないとされている¹⁹¹。

学説からは、中絶を行う権利は、法廷意見が否定した自律の権利として定式化されると有力に主張されている。憲法は個人の自律を基本的権利として保護しており、それは *Roe* 判決の時代にも明

らかであったという。連邦最高裁判所は、憲法が批准時に明示された、あるいは、本来意図された権利に限定されると主張する法廷意見のような立場を採用していないという。ゆえに、中絶を行うかどうかは個人の判断であり、政府はそれを奨励、抑制、禁止することはできない、というのである¹⁹²。

そうすると、中絶を行う権利が基本的権利ではなく、ゆえに、合理的の審査が妥当するという法廷意見のもとでは、明らかに中絶を行う権利の保障は大きく後退することになる。

4-2 不当な負担テスト

法廷意見は、従来判例の立場であった不当な負担テストを実用性がないとし、否定する。これに対して、反対意見は、不当な負担テストが有用であることを明確に認める。反対意見によれば、不当な負担テストには、実行不能な点は何もないという。不当な負担のテストは、無数の事件ごとに適用できる柔軟な基準であるという。また、裁判官の間でも意見の相違は生じているが、その程度のことは予想されるという。

そもそも、*Casey* 判決において *O'Connor* 裁判官が提唱した不当な負担テストの主眼は、胎児が生存可能性に達していない段階での中絶に対して不当な負担（*O'Connor* 裁判官が重要視していたのは、中絶の行使に対する完全な障害あるいは重大な規制である）を課す場合に当該規制を違憲とするものであり¹⁹³、同時に、中絶を求める女性に実質的な障害を置かないような法律を作るように、立法者を誘導するものであった¹⁹⁴。しかしながら、その射程はかなり限定され、しかも、先に見たように、緩やかな審査として理解されていた¹⁹⁵。他

¹⁸⁴ *Id.* at 540-41.

¹⁸⁵ *Id.* 541.

¹⁸⁶ JOHN ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 43-72 (1980).

¹⁸⁷ Adam B. Wolf, *Fundamentally Flawed: Tradition and Fundamental Rights*, 57 U. MIAMI L. REV. 101, 126 (2002).

¹⁸⁸ ELY, *supra* note 186, at 62.

¹⁸⁹ Dawn E. Johnsen, *The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection*, 95 YALE L.J. 599 (1986). 中絶を行う権利の重要性に関しては、Scott Skinner-Thompson, Sylvia A. Law & Hugh Baran, *Marriage, Abortion, and Coming Out*, 116 COLUM. L. REV. ONLINE 126, 149-50 (2016).

¹⁹⁰ Erwin Chemerinsky & Michele Goodwin, *Abortion: A Woman's Private Choice*, 95 TEX. L. REV. 1189, 1237 (2017).

¹⁹¹ *Id.* at 1238.

¹⁹² *Id.* at 1230.

¹⁹³ Susan R. Estrich & Kathleen M. Sullivan, *Abortion Politics: Writing for an Audience of One*, 138 U. PA. L. REV. 119, 119 (1989).

¹⁹⁴ Catherine Gamper, *A Chill Wind Blows: Undue Burden in the Wake of Whole Women's Health v. Hellerstedt*, 76 MD. L. REV. 792, 816 (2017).

¹⁹⁵ Susan R. Estrich & Kathleen M. Sullivan, *Abortion Politics: Writing for an Audience of One*, 138 U. PA. L. REV. 119, 119 (1989).

方で、不当な負担テストのもとでは、中絶規制を緩やかに審査するのではなく、中絶規制の事実的根拠を問うものであるとされてきた¹⁹⁶。Casey 判決以降、一貫して正当な政府利益として認められているのは、女性の健康保護、胎児の保護、女性に選択の余地があることを知らせること、出産の奨励、である¹⁹⁷。逆に、道徳的不承認に基づく特定の目的（例えば、配偶者の同意要件に見られるように配偶者の利益に基づく中絶規制）は正当な政府利益に資することではなく、カテゴリーカルに違憲となる。本来の不当な負担テストの意義は、緩やかな審査を適用するものではなく、当該規制が例えば生命保護を装う規制でないかどうかを問い、憲法上許容されない規制を排除することにある¹⁹⁸。

本件で問題となった州法は、妊娠がわかる時期よりかなり前の中絶を禁止しており、また、レイプや近親相姦の例外がない。州法は、明らかに、不当な負担テストを充足しない。しかも、15 週での中絶を禁止することは、必然的に、中絶を求める女性に実質的な障害を課し、違憲ということになる¹⁹⁹。

4-3 先例拘束性の原理

先例拘束性の原理とは、18 世紀コモン・ローの法理として確立したものであり²⁰⁰、先例を維持し、先例として確立したものを揺るがせないというものである²⁰¹。先例拘束の原理の意義は、以下の 3

つにある。第 1 に、仮に、裁判官がすべての問題を新たに検討するとしたら、司法制度の資源に大きな負担をかけることになるので、意思決定の経済性を促進する。第 2 に、当事者が異なる結果を得ることを望んで際限なく訴訟を繰り返すことを抑止する。第 3 に、関連する判例が出るたびに、変化する法規範を遵守するために行動を変えなければならない社会の当事者にかかる費用を削減する²⁰²。

そして、裁判所は、特別の正当化理由（special justification）がない限り、過去の判決を覆すことはない。そうすることで、法の安定性が確保される²⁰³。要するに、判例変更には、この特別の正当化理由が必要とされる。この特別の正当化理由とは、一般的に、先例の理由づけの品質、先例が提示したルールの実行可能性、後の法的発展が先例の基盤を掘り崩した可能性、問題となる信頼性の利益、といった要因から構成される²⁰⁴。もちろん、どのような要因を考慮するかは裁判官の裁量であり、事件に応じて新たな要因を追加することも可能である²⁰⁵。この点について、本判決におけ

2014). 法律の解釈と適用に関する上級裁判所の判決を、あたかもそれ自体が法律であるかのように扱うことが期待されているということである、とも言われている。Frederick Schauer, *Stare Decisis— Rhetoric and Reality in the Supreme Court*, 2018 SUP. CT. REV. 121, 124-25.

²⁰² Alexander Lazaro Mills, *Reliance by Whom? The False Promise of Societal Reliance in Stare Decisis Analysis*, 92 N.Y.U. L. REV. 2094, 2101 (2017).

²⁰³ Randy J. Kozel, *Statutory Interpretation, Administrative Deference, and the Law of Stare Decisis*, 97 TEX. L. REV. 1125, 1145 (2019).

²⁰⁴ BRANDON J. MURRILL, CONG. RESEARCH SERV., R45319, THE SUPREME COURT'S OVERRULING OF

CONSTITUTIONAL PRECEDENT 12 (2018).最近では、判例を覆す理由を説明する際に、裁判所は、問題となっている先例の理由付けを重視するようになっている。要するに、裁判所は不規則な形で先例拘束性の原理を適用し、その結果、判例に対する疑念を強めているとされている。Derigan Silver & Dan Kozlowski, *Preserving the Law's Coherence: Citizens United v. FEC and Stare Decisis*, 21 COMM. L. & POL'Y 39, 51-52 (2016).

²⁰⁵ Morgan Johnson, *Conservative Stare*

¹⁹⁶ Linda Greenhouse & Reva Siegel, *Casey and the Clinic Closings: When 'Protecting Health' Obstructs Choice*, 125 YALE L.J. 1428, 1467-68 (2016).

¹⁹⁷ Lucy Hill, *Seeking Liberty's Refuge: Analyzing Legislative Purpose Under Casey's Undue Burden Standard*, 81 FORDHAM L. REV. 365, 404 (2013).

¹⁹⁸ *Id.* at 403.

¹⁹⁹ Jeffrey Hannan, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization and the Likely End of the Roe v. Wade Era*, DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y. 281, 299 (2022).

²⁰⁰ Thomas R. Lee, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, 52 VAND. L. REV. 647, 659 (1999).

²⁰¹ BLACK'S LAW DICTIONARY 1220 (10th ed.

る法廷意見において考慮された要因と Casey 判決において考慮された要因が異なっているのもそのためであろう。なお、Kavanaugh 裁判官の同意意見も独自の要因を挙げている。

先例拘束の原理は絶対的ではなく、あくまで、政策上の原理であり、機械的な公式ではない²⁰⁶。特に、憲法上の事件では、通常の事件に比べて、先例拘束性の原理の拘束力は小さいとされる。その理由は、憲法を改正することは困難であるため、誤った憲法判断と強い先例拘束性の原理が組み合わさると、誤った判決が事実上変更できなくなる可能性があるからである²⁰⁷。また、憲法上の事件において、誤った判断を覆さないとすると、裁判所の正当性の基盤が揺らぐことにもなる²⁰⁸。

中絶規制の合憲性をめぐっては、判例変更が正当化されるかどうかという問題が提起されてきた²⁰⁹。この点について、Casey 判決では、判例変更をするかどうかを4つの要因に基づき判断すべきという。(1) そのルールが、単に実務に耐えられないことが判明したかどうか、(2) そのルールが、違憲無効の結果に特別な困難をもたらし、先例の否定のコストに不公平を加えるような種類の信頼にさらされているかどうか。(3) 関連する法原則があまりにも発展し、古いルールが放棄された教義 (abandoned doctrine) の残骸に過ぎなくなった

Decisis on the Roberts Court: A Jurisprudence of Doubt, 55 U.C. DAVIS L. REV. 1953, 1962-63 (2022).

²⁰⁶ Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106, 119 (1940).

²⁰⁷ Emery G. Lee III, *Overruling Rhetoric: The Court's New Approach to Stare Decisis in Constitutional Cases*, 33 U. TOL. L. REV. 581, 593 (2002).

²⁰⁸ Michael Stokes Paulsen, *Does the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis Require Adherence to the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis?*, 86 N.C. L. REV. 1165, 1202 (2008).

²⁰⁹ Randy J. Kozel, *Stare Decisis as Judicial Doctrine*, 67 WASH & LEE L. REV. 411, 413 (2010).他にも、先例拘束性の原理が主観的であるという指摘もある。Charles J. Cooper, *Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication*, 73 CORNELL L. REV. 401, 402-04 (1988).

かどうか、(4) 事実があまりにも変化し、あるいは、異なる見方をするようになり、古いルールの重要な適用や正当性が失われたかどうか、である²¹⁰。(1) に関して、Roe 判決におけるトライメスターフレームワークは、完全に恣意的であり、いかなる合理的な学説によっても裏付けられておらず、さらに、原則的に不健全であり、実際には実行不可能であるとする²¹¹。(2) に関して、ルールの継続的な適用に合理的に信頼していた人々が被るであろう、ルールの否認のコストを計算するとした上で、Roe 判決に依拠することの効果は正確に測定することはできないが、Roe 判決を中心に考え、生活してきた人々にとって、Roe 判決を覆すことのコストは無視できない、とする²¹²。(3) に関して、いかなる法原理の進化も、Roe 判決の法理論的基盤を 1973 年当時よりも弱めたとして、Roe 判決以降の憲法学の発展は、Roe 判決を暗黙または明示的に時代遅れの憲法思想の単なる生き残りとして残存させるものではない、とする²¹³。

(4) に関して、生存可能性は、引き続き重要な事実として機能しうる、すなわち、Roe 判決の事実的裏付けに変化があっても、その中心的判示は陳腐化せず、それを覆す議論がないとする²¹⁴。ここで、West Coast Hotel Co. v. Parrish が Lochner v. New York を覆し、Brown v. Board of Education が Plessy v. Ferguson を覆したことに言及するが、それは、新しい事実が発見されたからにはかならないというものである。Lochner

²¹⁰ Casey, 505 U.S. at 954.

²¹¹ Id. at 855.

²¹² Id. at 856.「20年にわたる経済的および社会的発展により、人々は、避妊に失敗した場合の中絶の可能性に依存して、親密な関係を構築し、自分自身と社会における自分の位置を定める選択をしてきた。女性が国の経済および社会生活に平等に参加する能力は、女性が自分の生殖機能をコントロールする能力によって促進されてきた。憲法は人間の価値 (human values) に奉仕するものであり、Roe 判決に依拠することの効果は正確に測定することはできないが、Roe 判決を中心に考え、生活してきた人々にとって、Roe 判決を覆すことのコストは無視できない」と述べる。

²¹³ Id. at 857.

²¹⁴ Id. at 860.

判決の場合、その新しい事実とは、自由放任主義経済が機能しないことであり、また、Plessy 判決の場合、その新しい事実とは、人種隔離が児童に悪影響を与えるということであった²¹⁵。

Roe 判決以降、中絶を行う権利の権利は憲法上確実に根付き、Casey 判決が明らかにしているように、裁判所は Roe 判決を覆すことに慎重であった。Roe 判決を覆すとなると、裁判所の正当性と公的地位を損なうような反動が起こる可能性が高い。こうした裁判所の姿勢は学説からも評価されている。Roe 判決はアメリカ社会に深く浸透しており、それを覆すことは、社会における女性の役割に関する理解を崩壊させることになることとされてきた²¹⁶。また、Roe 判決を覆すだけの正当化理由は存在しないとも言われてきた²¹⁷。

その一方で、Roe 判決を覆すことによって明示的に中絶を行う権利を否定するのではなく、裁判所は先例の解釈を通じて、中絶を行う権利を制限し、その幅を縮小することに重点を置いてきたのも事実である。実際、Casey 判決および Gonzales 判決は、このような考えを反映したものであるとされている。Casey 判決および Gonzales 判決は、Roe 判決で明文化された中絶を行う権利の範囲を絞り込み、政府の規制権限を拡大してきた²¹⁸。

そして、ここへ来て、法廷意見は、Roe 判決および Casey 判決の判例変更を行うことになった。法廷意見は、誤りの性質、推論の品質、ルールの実行可能性、法の他の分野への破壊的影響、そして、具体的信頼性の不在という 5 つの要因を挙げる。

誤りの性質について、法廷意見によれば、Roe 判決は最初から甚だしく間違っていたという。ま

た、裁判所は、Roe 判決に反対する多くのアメリカ人に民主的プロセスを閉ざすことによって、民主的プロセスを短絡させたという。

推論の品質について、法廷意見によれば、Roe 判決は、憲法が中絶を行う権利を暗黙のうちに与えていることを認めたが、その決定の根拠となる条文、歴史、判例を示せなかったという。また、Roe 判決が依拠する生存可能性は、多くの変数を考慮しなければならず、困難でしかないという。学説からも生存可能性の線引きが恣意的であると批判されてきた²¹⁹。ここで、法廷意見は、Roe 判決および Casey 判決の理論的根拠であるところの生存可能性の基準を明確に否定する。すなわち、ここで、胎児が生存可能性になる前まで女性は中絶を行う権利を有するという、これまで Roe 判決および Casey 判決で維持されてきたことが否定されたのである。反対意見によれば、法廷意見によって生存可能性という概念が否定されたことで、政府は常に中絶を規制できるようになったというのである。

また、Casey 判決は、Roe 判決におけるトライメスターフレームワークを否定し、新たに不当な負担テストを代用したが、このテストの根拠は曖昧であったという。

ルールの実行可能性について、法廷意見は、不当な負担テストの実行可能性を否定する。不当な負担テストは、負担が適正か不当かの判断が「本質的に標準的ではない」という問題を抱えているという。また、この不当な負担テストの曖昧さは、その後の裁判でも意見の相違を生んでいるという。

他の法律分野への影響について、法廷意見によれば、Roe 判決および Casey 判決は、多くの重要だが無関係な法理論を歪めており、この影響はこれらの判決を覆すためのさらなる支持を提供するという。

信頼性の利益について。法廷意見によれば、Roe 判決および Casey 判決は実質的な信頼関係を根

²¹⁵ Id. at 862-63.

²¹⁶ MARK TUSHNET, *THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER* 91-92 (2003).

²¹⁷ William S. Consovoy, *The Rehnquist Court and the End of Constitutional Stare Decisis: Casey, Dickerson, and the Consequences of Pragmatic Adjudication*, 2002 UTAH L. REV. 53, 55 (2002).

²¹⁸ Melissa Murray, *The Symbiosis of Abortion and Precedent*, 134 HARV. L. REV. 308, 348-49 (2020).

²¹⁹ Randy Beck, *Gonzales, Casey, and the Viability Rule*, 103 NW. U. L. REV. 249, 256-57 (2009).

底から覆すものであるという。また、法廷意見によれば、Roe判決のような議論を呼ぶ判決を覆した場合、国民が無原理な理由で判決が下されたと認識する特別な危険性があるが、Roe判決およびCaseyの判決を覆した法廷意見に対して、政治体制や社会がどのように反応するかを、知っているふりをするにはできないという。

これまで、中絶を行う権利の範囲が狭められても、Roe判決を覆すことはなかったが、実際には、中絶規制は州に委ねられている状況が続いてきた²²⁰。法廷意見はそこにとどめを刺す形となり、Roe判決およびCasey判決を判例変更することで、中絶規制を完全に州に委ねることになった。要するに、中絶規制の合憲性の問題に裁判所はタッチしないことにしたのである（ゆえに、中絶規制の合憲性の問題には合理性の審査が妥当するというのである）。この点について、Kavanaugh裁判官の同意意見は、法廷意見がアメリカ全土の中絶を法律で禁止するものではなく、中絶規制の合憲性の問題を、民主的プロセスにおける国民とその選出された代表者に適切に委ねたとする。ゆえに、法廷意見によって、中絶を許可している多数の州は、今後も容易に中絶を許可することを妨げるものではないとし、法廷意見の射程が限定的であることを示唆する。また、法廷意見が行ったのはあくまでもRoe判決およびCasey判決の判例変更であり、避妊や結婚などの判例には影響がないとする。他方で、Roberts首席裁判官の結果同意意見は、Roe判決およびCasey判決における生存可能性の基準を破棄されなければならないことを承認しつつも、中絶を行う権利を全く認めないかどうかは別の日に譲るといふ。また、Roe判決およびCasey判決を覆すことは、法制度に大きな衝撃を与えるものであるが、生存可能性を否定するより狭い範囲での決定であれば、不安は著しく軽減されるという。

²²⁰ Jennifer S. Hendricks, *Abortion Rights in the Supreme Court: A Tale of Three Wedges*, 13 CON LAW NOW 1, 10 (2021).

5 むすび

中絶規制をめぐる問題の背後には、中絶を行う権利が存在するのかどうか、および、中絶規制の合憲性を誰が判断するか（あるいは、裁判所の役割と何か）、という問題がある。法廷意見は、これまでの中絶を行う権利保障の基盤であったRoe判決およびCasey判決を覆し、中絶を行う権利を明確に否定した上で、中絶規制の合憲性を判断するのは裁判所ではなく立法者であり、中絶規制の是非は民主的プロセスで議論されるべきという姿勢を明らかにした。こうした姿勢は学説からも支持されている。道徳的問題を含んでいる中絶規制の問題は、違憲か合憲かという裁判所の硬直的な議論よりも、立法府による理性的議論に期待すべきであるとされている²²¹。

このように、法廷意見は、これまでの中絶を行う権利に対する裁判所による憲法的保障²²²を放棄したのである。これは、中絶規制の大きな転換点であると言えよう。しかしながら、そもそも、中絶を行う権利の保障を民主的プロセスに委ねるのは妥当ではないので、Roe判決以降、裁判所が中絶を行う権利を保障してきたのではないか。法廷意見はこうした姿勢を終わらせてしまった。中絶は、確かに、多くの人々にとって、根深い道徳的問題であることは間違いない。が、中絶規制の是非を全面的に民主的プロセスに委ね、中絶の禁止が進めば、中絶を望む女性に与える打撃は相当なものになるだろう²²³。今後、本件のように、中

²²¹ E. C. Duckworth, *Raising Our Standard Raising Our Standards: Rethinking the Supreme Court's Abortion Jurisprudence*, 81 MO. L. REV. 1, 18 (2016).

²²² *Recent Case: 915 N.W.2d 2016 (Iowa 2018)*, 32 HARV. L. REV. 795, 802 (2018).

²²³ 連邦憲法よりも、豊富にプライバシーや個人の自律を保護する憲法を有する州では、今後も中絶を行う権利は保護されることが予想される。実際、多くの州の最高裁判所は、州の憲法における平等保護、デュー・プロセス、プライバシーの権利を根拠に、中絶を行う権利を手厚く保護してきた。Robert L. Bentlyewski, *Abortion Rights Under State Constitutions: A Fifty-State Survey*, 90 FORDHAM L. REV. 201, 224 (2021).同様の指摘としては、Cynthia L. Fountaine,

絶を妨げる意図が明確な立法や中絶規制が次々に制定されることも予想される²²⁴。こうした立法や中絶規制から女性を保護するのは、裁判所の役割ではないかと思われる。立法が中絶を行う権利を標的とする場合²²⁵、あるいは、貧困の女性のような不人気なグループを標的にする場合、裁判所は、主張されている政府利益の性質にとどまらず、これらの立法を支えているとされる根拠を綿密に検討する必要がある。それが裁判所の確固たる役割であると言えよう²²⁶。

Article III and the Adequate and Independent State Grounds Doctrine, 48 AM. U. L. REV. 1053 (1999).

²²⁴ 本判決後、アメリカでは Roe 判決以前の中絶規制に戻ろうとする傾向が見受けられる。本件よりも厳格な中絶規制として、妊娠から 30 日以降の中絶を禁止するトリガー法 (trigger laws)、Roe 判決以前のように中絶を犯罪とするゾンビ法

(Zombie Law) が制定されるようである。本判決以降のアメリカの中絶規制の動向に関しては、What's next for Texas abortion law if the US Supreme Court overturns Roe v. Wade?, https://www.union-bulletin.com/what-s-next-for-texas-abortion-law-if-the-us-supreme-court-overturns-roe-v/article_2ff17145-0c5b-5c75-a6ed-97826d7ab6ee.html.

²²⁵ 中絶規制は、政治が女性に対して一方的に母性を押しつけるものであり、平等保護の問題としても提起される。Reva Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, 44 STAN. L. REV. 261, 381 (1992).

²²⁶ Caitlin E. Borgmann, *In Abortion Litigation, It's the Facts That Matter*, 127 HARV. L. REV. F. 149, 151 (2014). 実際に、婚姻を男女に限定した DOMA を違憲とした *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013)において、裁判所はそうした役割を果たしている。法廷意見は、以下のように判示している。憲法における平等の保障は、政治的に人気のない集団に対して害悪を与えようとするむき出しの議会の要求が、当該集団の別異処遇を正当化しないということを保障するものである。そして、法律の動機が不適切な敵意あるいは目的に基づくものかをどうかを決定するに際して、異常な性格の差別に対しては注意深い考慮が要求される。DOMA はこうした原理に耐えることができない。

DOMA は性的志向に基づく区分であり、また、DOMA の制定の背後には同性愛者に対する敵意や偏見、あるいは、異性婚が伝統的婚姻に適合的であるという道徳信念が存在しているとしていることは、明らかであった。Andrew Koppelman,

今回、法廷意見が判例変更を行ったことで、中絶規制をめぐる議論は今後も継続することが予想される。

日本において、中絶を行う権利は、リプロダクションの自己決定権の範疇にあると理解され、それは個人の人格的生存に関わるとして、その制約にはやむにやまれぬ政府利益の基準が適用されるところの一般的なものである²²⁷。アメリカにおける中絶の権利をめぐる議論は、自己決定権の保障は決して一筋縄ではいかないことを如実に物語るものである。日本でも、自己決定権の内容はもちろんのこと、更に進んで、自己決定権の保障に際しての裁判所の果たす役割、および、自己決定権の保障を基礎づける憲法学説の果たす役割について、真摯に検討する必要があるであろう。

Corruption of Religion and the Establishment Clause, 50 WM. & MARY L. REV. 1831, 1834 (2009).

²²⁷ 芦部信喜『憲法学Ⅱ』(有斐閣、1994年) 394頁。