

〔論 文〕

実体的デュー・プロセスの新たな展開と権限アプローチ

中 曾 久 雄

目 次

- I. はじめに
- II. 実体的デュー・プロセス以前における私的領域の保護
- III. Lawrence 判決
- IV. Glucksberg 判決
- V. Casey 判決・Stenberg 判決・Gonzales 判決
- VI. 結び

I. はじめに

本稿は、前稿の「民主主義のもとでの司法審査—権限アプローチの構築に向けて—」¹⁾の続編である。

前稿では、アメリカにおける民主主義のもとでの司法審査に関する諸理論（Ely のプロセス理論・Dworkin の権利論等）を概観し、それらの諸理論と権限アプローチの関係を考察した。その上で、権限アプローチを以下のようなものとして位置付けた。権限アプローチは、憲法上列举されていない権利を私的領域として捉え、それを司法審査により保護することを目的とするものである。権限アプローチのもとで保障される私的領域とは、自律や平等な配慮と尊重といった個人的な事柄に関わる領域である。そして、権限アプローチは、政府が私的領域を公共の利益以外の理由で制約することを許さない²⁾。ただし、私的領域が個人に関わるからといって、あらゆる自由がそこに含まれるわけではない。当然のことながら、他者や社会に危害を加えるような自由は私的領域から除外されること

になる³⁾。このように、権限アプローチの保障する私的領域は、民主的な決定に対して「切り札」として機能する⁴⁾。他方で、権限アプローチは、Ely のプロセス理論の提示した列举されていない権利に関する問題意識を共有する。すなわち、列举されていない権利を基本的権利として保障することは、裁判官自身が価値的に重要であるものを保護しているに過ぎず、それは代表民主主義に反するという Ely のプロセス理論の主張に賛同する。

では、権限アプローチが、いかにして裁判官の実体的価値判断を回避するかである。実体的デュー・プロセスのように、憲法上列举されていない権利を基本的権利として保護することは、結局のところ裁判官自身が重要であると考えた価値を保護しているに過ぎず、民主主義とコンフリクトすることになる⁵⁾。そこで、権限アプローチは、この裁判官の実体的価値判断の問題を回避するために、権利の実体ではなく介入（権限）の理由に焦点をあてる。すなわち、権限アプローチのもとでは、政府の権限（介入）が公共の福祉に適合するか否かということ

が審査されることになる。権限アプローチのもとで排除されるのは、道徳的観点からの同性愛者の性的自由の規制のような個人の自律的決定を阻害するような政府の介入である⁶⁾。

このような規制理由に焦点を当てる権限アプローチは、平等保護の領域において展開されている動機審査とも親和性を有する。動機審査は、権利の実体ではなく、政府の規制理由を問題とする。そして、動機審査における裁判所の役割は、立法の実体的判断を審査するものではなく、法律の動機あるいは目的に焦点を審査するものである⁷⁾。つまり、動機審査は、裁判所の役割を意図的差別の排除に限定することで、裁判官の実体的価値判断を回避しようとするものである⁸⁾。

このように、権限アプローチは、裁判官の役割を基本的権利の創出のような積極的なものではなく、違法な政府の介入の排除という消極的なものとすることで、裁判官の実体的価値判断を回避する。ただ、権限アプローチが裁判官の実体的価値判断を回避するとはいっても、裁判官の価値判断それ自体を完全に排除するものではない。何が違法な政府の介入であるかの判断に際して、裁判官の価値判断は不可避である⁹⁾。しかし、権限アプローチのもとでの政府の介入についての合憲性の判断とプロセス理論が問題とする実体的価値判断を同じ価値判断と考えるべきではない。前者の判断は、後者の判断に比べて遥かに制約されたものである。裁判官の実体的価値判断の問題を考える上において、裁判官自身が高い価値があると思うものを恣意的に保護する危険性を重視するならば、権限アプローチのように裁判官の判断を消極的なものに限定することには、民主主義のもとでの司法審査の問題を考える上で十分な意味が見いだされるように思われる。

また、裁判官の役割を消極的なものに限定することは、民主主義とのコンフリクトの回避を考える上で重要となる。権限アプローチのもとでの裁判官の役割は政府の介入の正当性の判断であり、実体的デュー・プロセスとは異なり、

積極的に権利を創出するのではない。したがって、介入の審査によって、司法審査の機会は増大するが、それによって裁判官が「すべての法律の査問官」になってしまうわけではない¹⁰⁾。このように考えれば、政府の介入の審査により司法審査の機会が増大したとしても、必ずしも民主主義とコンフリクトを起すわけではない。

前稿では、判例を通じての権限アプローチの妥当性あるいは有効性の検討を課題として残していた。そこで、本稿では、アメリカ合衆国連邦最高裁判所（以下、連邦最高裁）の展開した実体的デュー・プロセスに関する判例を通じての権限アプローチの妥当性あるいは有効性を検討する。本稿が検討の対象とするのは、憲法上列挙されていない権利の保障に関わる実体的デュー・プロセスに関する判例、特に、同性愛、自殺幫助、中絶に関する近時の判例である。

まず、最初に、実体的デュー・プロセス以前の連邦最高裁の展開した私的領域の保護を概観する。次に、*Lawrence v. Texas* を概観する。*Lawrence* 判決は私的領域の保護を明確にしており、権限アプローチと適合的な判決である。次に、私的領域の保護という観点から、*Washington v. Glucksberg*、および、中絶の事例において展開されている過度の負担テスト（*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*・*Stenberg v. Carhart*・*Gonzales v. Carhart*）を検討する。最後に、以上で検討した実体的デュー・プロセスの近時の判例と権限アプローチの関係を考察する。

Ⅱ. 実体的デュー・プロセス以前における私的領域の保護

これまで連邦最高裁は、憲法上の明文の規定がない私的な行為あるいは領域を保護してきた。一九二三年の *Meyer v. Nebraska*¹¹⁾ では、外国語を児童に教えることを禁止した州法の合憲性が争われた。*McReynolds* 裁判官の法廷意見は、修正一四条の規定する「自由」を広く解釈し、州法が語学の教師の職業を侵害し、生徒

たちが知識を得る機会および子供の教育を管理する親の権限を侵害するものであるとした。また、一九二五年の *Pierce v. Society of Sisters*¹²⁾ では、公立学校に通学させることを親に義務付けた州法の合憲性が争われた。*McReynolds* 裁判官の法廷意見は、州には公立学校の教師からの教育を受けることを強制し子供を標準化する一般的な権限はないとし、州法は子供の教育と養育を指導する親と保護者の自由を侵害すると判示した。さらに、一九四二年の *Skinner v. Oklahoma*¹³⁾ では、「道徳的卑劣」という重罪について三度の有罪判決を受けた場合に、強制的不妊（断種）を規定した州法が争われた。*Douglas* 裁判官の法廷意見は、結婚や出産といった人間にとり基本的なものであり、そのような人間にとっての基本的な権利の領域では、州の規制権限に対する敬讓は行われず、州法を違憲とした。

その後、連邦最高裁は、私的領域に対する政府の介入の禁止を明確にしている。それが避妊のための薬物・器具などの使用を禁止する州法の合憲性が争われた一九六五年の *Griswold v. Connecticut*¹⁴⁾ である。*Douglas* 裁判官の法廷意見は、「避妊具の使用の証拠のために、警察官が夫婦の寝室という神聖な場所を搜索することを認めるであろうか。そのような考えは、夫婦関係をとりまくプライバシーに反するものである」とし州法を違憲としている¹⁵⁾。また、結婚した女性のため以外に避妊薬の処方禁止した州法の合憲性が争われた一九七二年の *Eisenstadt v. Baird*¹⁶⁾ における *Brennan* 裁判官の法廷意見は、「プライバシーの権利に何らかの意味があるとすれば、子供を産むか産まないかの決定のように、人間にとり基本的な影響を与える事柄に対する政府の正当な理由のない干渉からの自由であるという個人の権利」であるとし、*Griswold* 判決において結婚している人への避妊具の配布の禁止が許されないことが認められている以上、結婚していない人への避妊具の配布の禁止も許されないとした¹⁷⁾。さらに、一六歳以下の未成年に対して避妊具を販売す

ることを禁止した州法の合憲性が争われた一九七七年の *Carey v. Population Services International*¹⁸⁾ における *Brennan* 裁判官の法廷意見は、「『結婚している夫婦の寝室』に対する介入は、とりわけ、法律を『不快なもの』とする。…憲法は、州による正当な理由のない介入から、子供の出産の問題に関する個人の決定を保護している」と、州法を違憲とした¹⁹⁾。

このように、実体的デュー・プロセスを展開する以前において、連邦最高裁は政府が介入できない私的領域を保護してきた²⁰⁾。しかし、その後、連邦最高裁は、後に見る *Roe* 判決に代表されるように、デュー・プロセス条項を用いて一定の憲法上列挙されていない権利を保障することになる。それが実体的デュー・プロセスと呼ばれる理論である。実体的デュー・プロセスの特徴は、一定の基本的権利、つまり、歴史と伝統に深く根ざしている権利を保護し、しかもそれに対する制約に対して目的と手段の双方において厳格な審査を行うということにある。つまり、実体的デュー・プロセスは、「一定の明文根拠を欠く基本的権利に対して厳格審査を及ぼす為の理論」なのである²¹⁾。

Ⅲ. *Lawrence* 判決

しかし、二〇〇三年の *Lawrence v. Texas*²²⁾ では、実体的デュー・プロセスの意味が大きく変化することになる。本件では、ソドミー行為を処罰する州法の合憲性が争われた。*Kennedy* 裁判官の法廷意見は、本判決同様にソドミー行為を禁止した州法の合憲性が争われた一九八六年の *Bowers v. Hardwick*²³⁾ を覆して、ソドミー行為について、憲法上の保護を認めた。

Kennedy 裁判官の法廷意見によれば、*Bowers* 判決では、ソドミー行為が基本的権利に該当するか否かということに焦点があてられたが²⁴⁾、それは問題となっている自由の範囲を正しく認識していないという。というのは、修正一四条のデュー・プロセス条項の保障する「自由」は、住居や他の私的領域を政府の不当

な侵入から保護するものだからである。また、*Bowers* 判決においてソドミー処罰法は古くからあるとされたが、その認識は誤りである。歴史的な流れでいえば、近時において同性愛者規制は後退している。ソドミー処罰法が制定され始めたのは、一九七〇年代に入ってからであり、それも九つの州が制定しているに過ぎなかったし、過去一〇年間、ソドミー処罰法を廃止する州が増加している。また、模範刑法典もソドミー行為を違法としたが、実際はほとんど執行されることはなかった。さらに、イギリスでは同性愛者の処罰を撤廃し、一九八一年にはヨーロッパ人権裁判所が、同意に基づく同性愛行為を処罰する北アイルランドの法律をヨーロッパ人権条約に違反すると判断した²⁵⁾。

そして、*Bowers* 判決後、二つの判決が、*Bowers* 判決に疑問を投げかけている。*Casey* 判決では結婚、生殖、避妊、家族関係などの個人の選択に憲法上の保護が及ぶことが認められ、*Romer* 判決では、同性愛者を標的とする法律が違憲とされた²⁶⁾。以上のことから、本判決は *Bowers* 判決における *Stevens* 裁判官の意見に従う。すなわち、「州における支配的な多数者が特定の行為を伝統的に不道德と見てきたという事実は、当該行為を禁止する法律を支持する十分な根拠とはならない」ということ、および、「結婚していない人にも親密な自由の保護は及ぶ」という理由付けに本判決も従うべきである²⁷⁾。そして、修正一四条のもとで保護される自由は、「政府に介入されない個人の領域が存在するという、憲法の約束」であるとし、州法は、私的な生活への介入を正当化することができるような正当な州の利益を促進するものでないとした²⁸⁾。

他方で、*O'Connor* 裁判官の結果同意意見は、州法が違憲であるという結論に賛成しつつ、その理由づけは法廷意見と異なる。結果同意意見は、デュー・プロセスではなく、平等保護に依拠する。結果同意意見は、州法が、*Romer* 判決と同様に敵意に基づく差別立法であり、平等保護に反するとした。ただ、結果同意意見は、

本件で問題となっている州法が違憲だからといって、同性と異性を区別する他の法律が違憲というわけではないという。本件に関しては、州が国家の安全や結婚という伝統的制度の維持のような正当な州の利益の証明をできなかっただけであるとする²⁹⁾。

これに対して、*Scalia* 裁判官の反対意見は、*Bowers* 判決同様に、ソドミー行為の処罰には長い歴史があることを強調する。また、ソドミー行為が基本的権利ではない以上、ヨーロッパ人権裁判所の判決は関係ないという。そして、反対意見は、ソドミー行為を処罰する法律の基礎にある道徳的非難を正当な州の利益として認める。また、平等保護との関連でも緩やかな審査が適用され、伝統的な性道徳を促進する州法は、この審査を充足するとした。さらに、反対意見は、法廷意見が中立的な監視者としての役割を無視し、「文化的闘争の一方に加担」するものであると批判する。そして、同性愛者やそれを支持する人は、民主主義な手段により自らのアジェンダを促進すべきであるとした³⁰⁾。

Lawrence 判決と権限アプローチは極めて適格的である。この点を説明すべく、*Lawrence* 判決の意義について、*Barnett* の見解を見ていくことにする。*Barnett* によれば、*Lawrence* 判決は、政府に対して自由の介入の正当化を要求する「自由の推定」(presumption of liberty)の法理が採用されたという。まず、「自由」の意味について、*Lawrence* 判決の法廷意見は、冒頭で以下のように述べる。「自由は、自宅その他の私的領域への正当な理由のない政府の介入を禁止する。我々の伝統において、州は家のなかには存在しない。人生、存在に関するその他の空間、つまり、家の外においても、州は支配的な存在ではあってはならない。自由は領域を超える。自由は、信念、表現、そして一定の親密な行為を行う自由を含む自己の自律を前提とする。本件では、空間的な次元、および、より超越的な次元の両方で個人の自由が問題となる」。法廷意見のこのような自由の捉え方は、これまで連邦最高裁が *Eisenstadt* 判決、

Griswold 判決において認めてきた自由の意義を再確認している。そして、法廷意見は、同性愛者の性的自由が他者や社会に害悪を及ぼすことのない適正な自由であり、政府の違法な介入から保護される「自由」に含まれることを認めたのである³¹⁾。

Barnett によれば、「自由の推定」の法理にとって重要なのは、自由に対する政府の介入の審査である。「自由の推定」の法理は二段階審査を構成するという。まず、第一段階で、政府により制約されている自由が、他者や社会に害悪を与えない適正な自由の行使であるかが問題となる。法廷意見も指摘するように、Lawrence 判決で問題となっている同性愛者の性的自由は、他者や社会に危害を与えることのない適正な自由の行使である。次に、第二段階で、適正な自由の行使に対する介入であれば、介入の正当性の証明は政府が行わなくてはならない。自由に対する介入の正当性の証明について、当該自由が不道德ゆえに禁止するということは、正当な介入の理由とはならない。というのは、不道德という理由は、多数者が単に禁止されている当該行為を嫌がっているに過ぎないからである。また、不道德という理由で当該行為を禁止する法律を制定する権限を立法府に与えるということは、立法府に無制限で専制に等しい権限を与えることと同じであるということになる³²⁾。

このような「自由の推定」の法理からすれば、問題となるのは自由の内容、つまり、自由が基本的権利に該当するかどうかではなく、政府の介入の正当性である。また、「自由」の保護については、修正一四条には「自由」という規定があり、条文の根拠を求めることができ、基本的権利のように、その保障の根拠が憲法の条文にはないという批判は生じない。そして、Barnett は、最後に、Lawrence 判決のインパクトを以下のように述べる。「Lawrence 判決が憲法的革命であったのは、最高裁の自由の保護が性的な自由に限定されないことにある。連邦最高裁が多くの自由を保護すればするほど、連邦最高裁のイデオロギー色が薄められて、国民の

広い支持を獲得することになる」³³⁾。

以上検討してきた Lawrence 判決は、二つの点で権限アプローチと適合的である。第一は、Lawrence 判決が、「正当な理由のない政府の介入」から保護される自由の領域を指定している点である。これは、権限アプローチが保障する私的領域と同じものであると考えられる。そして、この自由の領域（私的領域）は、司法審査により保護されるものである。

第二に、Barnett の指摘にもあったように、Lawrence 判決が基本的権利か否かではなく、政府の介入の正当性を問題とした点である。これまで実体的デュー・プロセスにおいて問題となったのは、いかなる自由が基本的権利として承認されるかについて、その基準が不明確だったということである。この点、Michael H v. Gerald D. における基本的権利の承認の基準をめぐる Scalia 裁判官と Brennan 裁判官の対立³⁴⁾、および、Bowers 判決が五対四であったということが、基本的権利の承認の基準の不明確さを象徴していた。基本的権利の承認基準の不明確さが、裁判官の実体的価値判断の問題を生じさせ、そして、そのような司法審査権の行使は正当な司法審査権の行使の限界を超えているという批判を招いたのである³⁵⁾。Lawrence 判決が裁判官の実体的価値判断の問題を意識したかどうかは定かではないが、同性愛者の性的自由が基本的権利か否か言及しなかったことで、基本的権利の承認の不明確さ、つまり、裁判官の実体的価値判断の問題を回避したといえよう。それは、同時に Lawrence 判決が、歴史や伝統に依拠する従来の実体的デュー・プロセスとは異なることを意味する³⁶⁾。また、介入の審査についても、Lawrence 判決が同性愛者に対する道徳的批判が正当な立法目的を構成せず、私的領域への介入を正当化できないということを明確に認めたことは、Niles の Bowers 判決の読み直しにもあったように、私的領域には多数者の道徳的な制約を許さないとする権限アプローチと同じ判断の枠組みであったといえよう³⁷⁾。

このように、歴史や伝統に依拠する従来の実

体的デュー・プロセスではなく、正当な理由のない政府の介入から保護される自由の領域（私的領域）を認め、その上で、自由の領域に対する政府の介入の正当性に焦点をあてた *Lawrence* 判決は、権限アプローチと適合的な判決であるといえよう。

IV. Glucksberg 判決

このような *Lawrence* 判決と同様の判断の枠組みは、生命に対する権利が問題となる領域においても見られる。一九九七年の *Washington v. Glucksberg*³⁸⁾ では、自殺幫助を処罰する州法の合憲性が争われた。*Rehnquist* 首席裁判官の法廷意見は、まず、自殺幫助をふくむ自殺をする権利は、修正一四条のもとで保護される基本的権利ではないとした。そして、本件では自殺幫助を含む権利が問題となったのであり、判断能力のある人に延命治療の拒否を認めた *Cruzan* 判決と区別されるとした。また、実体的デュー・プロセスのもとで保護される自由は個人の自律に関するものであるが、すべての重要で親密でかつ個人的な決定に対して同様の保護が及ぶものではないとして、*Casey* 判決とも区別されるとした。そして、自殺幫助をふくむ自殺をする権利が修正一四条のもとで保護される基本的権利ではない以上、正当な州の利益と合理的関連性が必要とされ、本件の場合それは充足されているとした。自殺幫助を禁止した州法には、生命保護や医師の倫理を維持するといった重要で正当な州の利益が認められ、また、手段も目的と合理的に関連しており合憲であるとした。法廷意見は、歴史や伝統に依拠する従来の実体的デュー・プロセスを用いており、*Lawrence* 判決とは異なるものである³⁹⁾。

しかし、*Stevens* 裁判官の結果同意意見が、自殺を含む自殺幫助の権利は基本的権利としてではなく、自律領域として保護されることを示唆していた。結果同意意見は、法廷意見同様に *Cruzan* 判決と *Casey* 判決を引用する。*Cruzan* 判決において仮定された延命治療を拒否する権

利には、common law 上の延命治療拒否権のみならず、個人的な決定に関わるより基本的権利が含まれる。また、*Casey* 判決においては、個人の尊厳と自律にとって重要な事柄が保護されることが認められた。そして、結果同意意見は、苦痛を受けた末期患者の利益が生命を保護する州の利益に優越するものであることを認める。生命を終了させることが最善の利益となるかどうかの判断は本人に委ねられるべきであり、したがって、苦痛を受けた末期患者の利益が州の利益に優先する場合も考えられ、個別の事例においては適用違憲の可能性があるという⁴⁰⁾。

しかし、この事件の連邦控訴裁の大法廷（en banc）は、法廷意見とは異なる判断枠組みを提示した。連邦控訴裁の大法廷は、自殺幫助の権利が基本的権利か否かを問うことなく、政府の介入から保護される領域（個人の自律や尊厳に関わる領域）に含まれることを認めた。この点について、連邦控訴裁の大法廷は、以下のように述べる。「憲法と裁判所は、個人の自由と恣意的で介入的な政府の権限の間で防壁として機能する。我々の憲法の制度のもとで、個人の尊厳や自律の中心に関わる領域において、州や州における多数者は、自らの考えを個人に課すことは許されない」。その上で、連邦控訴裁の大法廷は、生命を保護する州の利益は正当であるとしつつも、人間の生死に関わるような個人の自律の中心的な領域において、生命を保護する州の利益は重要性を持たないとした。そして、本件で問題となっている州法は、判断能力がある患者に適用する限りで違憲であるとしたのである⁴¹⁾。このように、連邦控訴裁の大法廷は、*Lawrence* 判決同様に、自殺幫助が政府の介入から保護される自律の領域（私的領域）のなかに含まれるとし、その上で、自殺幫助に対する州の介入を審査するという判断枠組みをとっている⁴²⁾。

V. Casey 判決・Stenberg 判決・Gonzales 判決

さらに、権限アプローチは、中絶の領域において、近時展開されている過度の負担テストとも適合的である。中絶の領域においては、Roe 判決⁴³⁾で示されたように、中絶は基本的権利であり、その制約は厳格審査をパスしない限り憲法違反という論理ではなく、私的領域の保護の観点から、中絶を実質的に制約しその行使を妨げる意図あるいは目的のある法律が違憲となるということが明確となっている。

一九九二年のPlanned Parenthood of South-eastern Pennsylvania v. Casey⁴⁴⁾では、それが明確に示された。本件では、中絶を行う要件として、中絶の前のインフォームド・コンセントの実施、二四時間の待機要件、結婚した女性が中絶を行う場合の配偶者への告知、これらの要件を免除する医療的緊急事態、中絶を行う施設に対する報告義務を規定した州法の合憲性が争われた。O'Connor 裁判官・Kennedy 裁判官・Souter 裁判官の共同意見では、まず、Roe 判決の中心部分を維持するということを確認する。Roe 判決の中心部分とは以下の三つである。第一に、中絶の自由は修正一四条のもとで保護されるということである。この点、共同意見は、以下のように述べる。「人が人生において行うであろう最も親密で人格的な選択、人格の尊厳および自律にとり中心的な選択を含む事柄が、修正一四条に保障された自由にとって中心的である。自由の中心には、存在、意味、宇宙、人間の生命の神秘の観念を自らで定義する権利が存在する」。第二に、胎児が母体の外で生存可能となった後、女性の生命・健康を危うくする妊娠について例外規定をおく限り、州は中絶を規制できること、第三に、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⁴⁵⁾。

そして、共同意見は、Roe 判決を覆すか否かを検討するが、医学の発展で胎児の生存可能性が早まったが、そのことがRoe 判決を覆すこ

とにはつながらないという。過去の実例の変更と比較しても、Lochner 判決が覆されたのは、最高裁の信奉した自由主義経済と実際の経済が適合しなかったことが明確だったのであり、Plessy 判決は、公立学校での人種別学が不平等であったことが明確だったからである。これらと比較した場合、Roe 判決を変更する事情は存在しない。ただ、共同意見は、Roe 判決の打ち立てた妊娠期間を三区分する枠組みは、Roe 判決の中心部分ではないとし放棄する。仮に、最初の三分の一の期間でも、潜在的な胎児を保護することは許されるという。

そこで、共同意見は、Roe 判決に代替する司法審査基準を検討し、過度の負担(undue burden)テストを提示する。過度の負担とは、「州の規制が、生育可能となっていない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もの」⁴⁶⁾であるという。そして、「中絶を行おうとする女性に対して、重大な障害を課す目的あるいは意図を有する不要な健康上の規制は、中絶を行う権利への過度の負担となる」⁴⁷⁾としている。そして、州法の規定のうち、過度の負担テストを用いて配偶者への告知要件のみを違憲とした⁴⁸⁾。

なお、Stevens 裁判官の一部同意一部反対意見は、配偶者の同意要件のみならず、インフォームド・コンセントを違憲とし⁴⁹⁾、Blackmun 裁判官の一部同意一部結果同意一部反対意見はすべての規定が違憲であるとした⁵⁰⁾。これに対して、Rehnquist 首席裁判官、White 裁判官、Scalia 裁判官、Thomas 裁判官は、Roe 判決の全面破棄を主張する。中絶は胎児の命を奪うものであり、これまで実体的デュー・プロセスで認められてきた基本的権利とは異なる。それゆえに、中絶の規制には合理性の基準が適用されとし、州法を合憲としたのである。

この過度の負担テストは、現在問題となっている部分的に出産に類似する中絶(partial-birth abortion)の事例においても用いられている。

それが二〇〇〇年のStenberg v. Carhart⁵¹⁾である。本件では、母体の生命保護を除いてすべ

ての *partial-birth abortion* を禁止した州法の合憲性が争われた。Breyer 裁判官の法廷意見は、まず、本件の争点を判断するに際して、三つの原則を打ち立てる。第一に、胎児が独立して生存可能となる前には、女性には中絶の権利が認められる。第二に、胎児の生命保護を促進する法律は、胎児が独立して生存可能となる前の女性の中絶する権利に過度の負担を課すならば、違憲である。第三に、州は、胎児の独立生存以降、胎児生命保護の利益を促進するために、中絶が母親の生命または健康保護のために必要である場合を除いて、中絶を禁止できるということである⁵²⁾。

そして、法廷意見は、二つの点において州法が違憲であるとする。まず、例外規定の欠如である。Casey 判決は、胎児が独立して生存できる以降に、中絶が母親の生命または健康の保護のために必要な場合を除いて、中絶を禁止できるという Roe 判決の趣旨を確認している。それゆえに、胎児の独立生存以降の中絶規制が合憲とされるには、例外規定が必要ということになる。この点、州法はそのような例外規定を欠いていた。次に過度の負担である。州法の *partial-birth abortion* の定義は、実質的に胎児の独立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過度の負担を課すものであるという⁵³⁾。この点、O'Connor 裁判官の同意意見も、州法は、一般的な中絶方法を規制する点で、女性に過度の負担を課していると指摘する⁵⁴⁾。また、Ginsberg 裁判官の同意意見も、胎児の独立生存可能以前に用いられる中絶方法までも禁止する州法の目的は、胎児や女性を保護するものではなく、女性の選択を失わせるものであり、過度の負担を課すものであると指摘する⁵⁵⁾。

これに対して、Scalia 裁判官の反対意見は、過度の負担テストそれ自体を批判する。何が過度の負担かについての明確な基準がなく、胎児の生命か女性の自由のいずれかを重く見るかという価値判断を行うものであるという。そして、過度の基準テストは実際機能しないと批判

する⁵⁶⁾。また、Thomas 裁判官の反対意見も Casey 判決で打ち立てられた過度の負担テストは、歴史的あるいは理論的な起源がないものであり、中絶に関する裁判官の哲学的信念に過ぎないと批判する⁵⁷⁾。

さらに、二〇〇七年の *Gonzales v. Carhart*⁵⁸⁾ では、妊娠の第二トリメスター期において用いられる、胎児を切断して子宮から排出する *intact D&E* 方法と呼ばれる方法を禁止した連邦法の合憲性が争われた。Kennedy 裁判官の法廷意見は、まず、Casey 判決において示された Roe 判決の三つの基本的判断を再確認する。第一に、女性は、胎児の独立生存以前において、州からの干渉なく中絶を行う権利を有する。第二に、胎児の独立生存以降、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。第三に、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、重要なのが第三である。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な障害となるならば過度の負担となるが、女性にとり実質的な障害とならないならば過度の負担とはならない。そして、本件においてもこの Casey 判決の基準が適用される⁵⁹⁾。

まず、連邦法が過度に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、連邦法は不明確ではなく、文面上違憲ではないとした。

次に、連邦法が過度の負担を課すかどうかについてである。まず、連邦法の目的は胎児の生命の保護であり、これは正当な目的であるとした。さらに、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、本件の場合はそれが過度の負担にはならないという。先例 (*Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006)) 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、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、過度の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。また、通常の D&E は禁止されておらず、また、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⁶⁰⁾。

このように、Stenberg 判決は Casey 判決に即して、例外規定のない場合、直ちにそれが過度の負担を課すとしていたが、Gonzales 判決は例外規定がなくとも実質的な障害が存在しなければ過度の負担とはならないという Casey 判決・Stenberg 判決とは異なる枠組みを提示した。

これに対して、Ginsberg 裁判官の反対意見は、まず、過度の負担のテストの役割が、女性のプライバシーのみならず、女性が自らの人生を決定し平等な市民的地位を保障することにあるという。そして、連邦法の中絶に対する規制が、女性の「運命に対するコントロール」に対して制約を課すものであると指摘する。

さらに、反対意見によれば、過度の負担テストのこのような理解から、一貫して、当法廷は、すべての事例で女性の健康保護を要求してきたとする。そして、Stenberg 判決に照らせば、例外規定を設けていないことは違憲であることは明確であるという。同判決では、医学的不確実性についても、特定の術式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の支持がある限り、健康例外規定は必要であるとされた。

さらに、反対意見は、連邦法が胎児の生命を保護するという政府の正当な利益を促進するものではないという。というのは、連邦法は中絶の特定の手術法を標的にしただけであり、胎児の生命や健康を保護することを目的としたものではないからである。また、法廷意見が連邦を支持する別の理由として、連邦法は non intact D&E を禁止していないことを強調しているが、non intact D&E も禁止される intact D&E も残

忍さにおいては変わらず、その片方だけを禁止することに正当な政府利益はないとする。法廷意見には特定の中絶方法を禁止するという道徳的な関心があり、また、生命の保護に関連しない政府利益を保護することは、Casey 判決や Lawrence 判決から逸脱するものであるという。ただ、反対意見は、法廷意見が Roe 判決および Casey 判決を覆すところまではいかなかったが、「法の支配」や「先例拘束の原理」に忠実ではなかったと指摘する。

要するに、反対意見は、連邦法は何らかの正当な政府の利益を促進するという考えは全く不合理であると結論づけるのである⁶¹⁾。

以上検討してきた過度の負担テストは、中絶の自由の保護にとり、どのような意義を有するのであろうか。Casey 判決における過度の負担テストの採用は、Roe 判決で認められた中絶が基本的権利であって、その制約には厳格審査が適用されるという部分は放棄されたことを意味する。つまり、過度の負担のテストは、これまでの中絶の事例において用いられてきた従来の実体的デュー・プロセスとは異なるものであるといえよう。過度の負担テストは、Casey 判決に見られるように「人格の尊厳および自律にとり中心的な選択」に関わる領域、すなわち、Lawrence 判決において示された「自由」と同様に、私的領域を保護するものとして機能する⁶²⁾。そして、過度の負担テストの特徴は、過度の負担を「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もの」と定義していることからわかるように、権利の実体ではなく法律の規制目的および効果を審査している点にある⁶³⁾。このように、法律の規制目的を審査することに焦点を当てる過度の負担テストは、権限アプローチと適合的であるといえよう。

また、過度の負担テストは、動機審査⁶⁴⁾に近いものであるという指摘もなされている。この点について、Pace は、「過度の負担テストは、基本的権利に関わる法律の背後にある動機の審査を包括する」という。そして、Pace は、中

絶のような自律にかかわる領域において、多数者は自らの意思を女性に強制することは許されず、過度の負担テストの本来の役割は、道徳的な動機に基づいて制定された法律の排除することにあるという⁶⁵⁾。このような過度の負担のテストの本来の役割からすれば *Gonzales* 判決で問題となった連邦法は特定の中絶方法のみを禁止しており、さらに例外規定もないことから、明らかに政府の道徳的な関心事が作用していることを意味するものである。したがって、*Ginsberg* 裁判官の反対意見が指摘するように、*Gonzales* 判決で問題となった連邦法は女性に対して過度の負担を課していることになろう⁶⁶⁾。

VI. 結び

これまで連邦最高裁の展開した実体的デュー・プロセスに関する近時の判例を通じて、権限アプローチの妥当性または有効性を検討してきた。同性愛や中絶に関する近時の判例は、政府から保護される自由や自律に関わる領域（私的領域）を司法審査により保護するということを明確にしている。したがって、*Ely* のプロセス理論のように、私的領域の保障を政治プロセスに委ねてしまつては、正当な理由のない政府の介入を排除するという私的領域の固有の意義を失わせるものであるといえよう⁶⁷⁾。しかし、実体的デュー・プロセスの近時の判例は、*Lawrence* 判決や過度の負担テストに見られるように、基本的権利かどうかということではなく、介入の審査に焦点を当てるものであり、従来の実体的デュー・プロセスとは異なるものである。したがって、権利の実体ではなく、政府の介入（権限）の理由（政府の介入が公共の福祉に適合する正当なものか否か）を問う権限アプローチは、実体的デュー・プロセスの近時の判例を適合的に説明することができるように思われる。

なお、これまでの論稿で検討してきた権限アプローチが、日本国憲法のもとにおいて、いかに展開していくかは、今後の課題としたい。

注

- 1) 中曾久雄「民主主義のもとでの司法審査—権限アプローチの構築に向けて—」阪大法学59巻5号（2010年）93頁。
- 2) 私的領域の意義については、*See Mark Niles, Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 UCLA L. Rev. 85 (2000). Niles は、アメリカ合衆国憲法修正9条が personal autonomy を保障しているとし、その淵源を Locke の市民社会論まで遡る。そして、Niles によれば、personal autonomy とは、他者や社会に害悪を与えることなく、私的な領域の事柄を決定する権利であるという。Niles の修正9条の解釈の全体については、中曾久雄「列挙されていない権利の構図——アメリカ合衆国憲法修正9条における権限アプローチの展開——」阪大法学57巻2号（2007年）73頁、288～292頁。
- 3) *See Niles, supra* note 2, at 132.
- 4) 切り札としての権利については、*See Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously* 364–368 (1977) ; Michael Moore, *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*, 69 Fordham L. Rev. 2087, 2108–2109 (2000) ; Erwin Chemerinsky, *Different Vision of Judicial Review: In Tribute to Professor Grano*, 46 Wayne L. Rev. 1403, 1416 (2000). また、邦語文献では、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）77～79頁、駒村圭吾「基本的人権の観念①」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』（弘文堂、2005年）25～27頁。駒村教授は、切り札としての権利の意義について、「個人の特定の要求や行為を国家権力から防御するというよりも、国家が権力を行使する際に依拠する理由を規律する」ものであると指摘する。
- 5) John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 44 (1980). ジョン・H・イリイ〈佐藤幸治＝松井茂記訳〉『民主主義と司法審査』70頁（成文堂、1990年）。ただし、憲法上列挙された権利の保障は別であると考えられる。この点、Ely は、憲法上列挙された権利は重要な価値

であり、しかも当該価値は多数者による侵害の可能性があるので憲法典に書き込んで保護しようとしたものであるという。そして、Ely はそうした規定を裁判所が執行することを認めている。John Ely, *Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are No Different from Legislatures*, 77 Va. L. Rev. 833, 834 n. 4 (1991). See also Louis Lusky, *Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence*, 82 Colum L. Rev. 1093, 1097 (1982). 本稿も、このような観点から、列挙されている権利の保障については、列挙されていない権利の保障とは異なり、民主主義とのコンフリクトは生じないと考える。

- 6) ただ、介入の理由とはいっても、政府がそうした理由を正面から掲げることは少ないので、介入の「真の理由」を洗い出すことが重要となる。この点について、長谷部・前掲注4) 107～108頁。なお、審査の基準であるが、民主主義とのコンフリクトを回避するために、権限アプローチは私的領域に対する政府の介入を中間基準が妥当する。では、なぜ、中間審査かということである。そこには、先にみたように、列挙されていない権利と列挙されている権利の区別がある。列挙されていない権利は、テキストの文言が不明確であり、裁判官の主観的価値判断が入りやすい。そこに列挙されている権利と列挙されていない権利の決定的な違いがある。それゆえに、列挙されている権利と列挙されていない権利を同等に扱うことはできないのである。しかし、私的領域には一定の憲法上の保護が必要というべきである。そこで、私的領域の介入に対しては、厳格審査が妥当しないまでも、中間基準が妥当すると考えられる。中間審査基準を妥当させることで、民主主義とのコンフリクトを回避する。権限アプローチのもとで、政府の規制理由を中間基準で審査することの意義は、政府の介入の「真の理由」を洗い出すことにある。この政府の介入の「真の理由」を洗い出すということについて、厳格審査と中間基準ともに同様の機能を有する。両者の違いは、違憲の

規制目的を洗い出す程度である。つまり、中間審査には、厳格審査と同じ機能が期待できるのである。このように権限アプローチのもとでの審査は、単なる利益衡量としてではなく、違憲の規制目的を洗い出すことに重点を置くことで政府の行為の正当化事由がいかなるものであるかを問う「政府の行為の理由の統制」として機能するものと言える。阪口正二郎「人権論Ⅱ・違憲審査基準の二つの機能—憲法と理由」法時80巻11号（2008年）75～77頁。

- 7) See Niles, *supra* note 2, at 132-134.
- 8) 中曾久雄「平等保護における動機審査の意義」阪大法学59巻1号（2009年）171～172頁。実際、Niles の修正九条の解釈も平等保護における動機審査を参考にして展開している。
- 9) この点、Ely も価値判断それ自体を否定するものではない。Ely が否定するのは、裁判官の実体的価値判断である。Ely, *supra* note 5, at 75*（邦訳127～128頁）。
- 10) 松井茂記「自己決定権について（2・完）」阪大法学45巻5号（1995年）44頁～54頁。
- 11) 262 U.S. 390 (1923).
- 12) 268 U.S. 510 (1925).
- 13) 316 U.S. 535 (1942).
- 14) 381 U.S. 479 (1965).
- 15) Id. at 485-486.
- 16) 405 U.S. 438 (1972).
- 17) Id. at 485-486.
- 18) 431 U.S. 678 (1977).
- 19) Id. at 687.
- 20) John Safranek & Stephen Safranek, *Can the Right to Autonomy Be Resuscitated after Glucksberg?*, 69 U. Colo. L. Rev. 731, 739 (1998).
- 21) このように、連邦最高裁は、明示的に実体的デュー・プロセス理論を用いているわけではない。実体的デュー・プロセス理論は、連邦最高裁がRoe 判決で示したデュー・プロセス条項の用い方を指すものと理解されている。実体的デュー・プロセスの形成と展開については、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。

- 22) 539 U.S. 558 (2003).
- 23) 478 U.S. 186 (1986).
- 24) *Id.* at 194. White 裁判官の法廷意見は、ソドミー行為を行う自由について、「アメリカの歴史と伝統に深く根ざしている」、または、「秩序づけられた自由の概念に含まれる」ということは「どうみても冗談である」とした。さらに、法廷意見は、仮にソドミー行為が基本的権利でないとしても、法律には合理的根拠が必要であり、州法は有権者が不道徳と考える以外の根拠がないとの主張に対しては、法律は常に道徳を基礎としており、道徳的な選択を行う法律をすべて無効にすることはできないとし、州法を合憲とした。*Id.* at 196.
- 25) *Lawrence*, 539 U.S. at 564-573.
- 26) *Id.* at 573-575.
- 27) *Id.* at 577-578.
- 28) *Id.* 法廷意見は、Stevens 裁判官の意見を引用したが、Bowers 判決における Blackmun 裁判官の反対意見も、法廷意見の基本的権利に対する考え方を厳しく批判する。Blackmun 裁判官によれば、法廷意見は禁止された行為が、数千年ではなく、数百年に及び不道徳として批判されてきた事実が、今日においてその行為を禁止する十分な理由となるということに同意したが、時間の長さや情熱によって法律を裁判所の審査外とさせることはできないという。さらに、Blackmun 裁判官は、法廷意見が法律の規制の根拠を「多数派の道徳的信念」に求めていることに対して、そのような論拠では法律を正当化できないと批判する。そして、州法の立法目的がソドミー行為を反道徳的行為として非難することにあるとし、人々の単なる不寛容や敵意は個人の身体的な自由を奪うことを正当化することはできないという先例を引用して、偏見に基づく立法目的は正当な立法目的ではないとした。*Bowers*, 478 U.S. at 199-214 (Blackmun, J., dissenting).
- 29) *Lawrence*, 539 U.S. at 579-585 (O'Connor, J., concurring in the judgement). 学説の中には、この O'Connor 裁判官の見解の方が説得的であるとの見解が存在する。Meghan Peterson, *The United States Supreme Court and Federal Law: Casenote Right Decision for the Wrong Reason: The Supreme Court Correctly Invalidates the Texas Homosexual Sodomy Statute, but Rather Than Finding an Equal Protection Violation in Lawrence v. Texas, the Court Incorrectly and Unnecessarily Overrules Bowers v. Hardwick*, 37 Creighton L. Rev. 653 (2004).
- 30) *Lawrence*, 539 U.S. at 586-605 (Scalia, J., dissenting). なお、Thomas 裁判官の反対意見は、本件で問題となっている州法は馬鹿げており、自分が州議会の議員ならその廃止に賛成するが、裁判官個人としてはプライバシー権や法廷意見のいう自由は権利章典や憲法の中に見出すことはできないという。*Id.* at 605-606 (Thomas, J., dissenting).
- 31) Randy Barnett, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, 2003 CATO SUP. Ct. Rev. 21, 33-34. *See also Lawrence*, 539 U.S. at 567.
- 32) Barnett *supra* note 31, at 35-38. Barnett と同様に、Lawrence 判決が規制の正当性を重視したと主張する見解として、*The Supreme Court, 2002 Term - Leading Cases*, 117 Harv. L. Rev. 226, 297-307 (2003). また、自由と基本的権利の関係について、Post は、Lawrence 判決では、基本的権利と他の自由との明確な区分を無視したという。Robert Post, *The Supreme Court, 2002 Term — Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, Harv. L. Rev. 4, 96 (2004). Barnett とは異なる観点で、Lawrence 判決を捉えるのが Tribe である。Tribe によれば、Lawrence 判決は、ソドミー行為ではなく、性的行為のような親密な行為にもたらされる関係を保護したという。そして、そのような関係性は、名前のない権利 (rights without names) あるという。Laurence Tribe, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, 117 Harv. L. Rev. 1893, 1900-1904 (2004). なお、本稿では詳しく検討することができないが、Lawrence 判決の今一つの重要な意義として、ヨ

- ヨーロッパ人権裁判所の判決を引用していることが挙げられる。このことは、アメリカにおいても、他の国の判決が重要な意味を有することを示すものである。この点については、*See William Eskridge, United States: Lawrence v. Texas and the Imperative of Comparative Constitutionalism*, 2 INT'L J. CONST. L. 555 (2004).
- 33) Barnett *supra* note 31, at 40-41. ただし、下級審は、Lawrence 判決の射程を限定している。例えば、*State v. Lowe*, 861 N. E. 2d 512 (Ohio 2007) では、Lawrence 判決がすべての成人の性的な活動の自由の基本的権利を保障したものではないとし、合理性の基準を適用し継親と継子の性行為を禁止した州法を合憲とした。*State v. McKenzie-Adams*, 915 A. 2d 822 (Conn. 2007) でも、Lawrence 判決は性的なプライバシーの基本的権利を保障したものではないとし、学校内で教師が生徒と性的な関係となることを禁止する州法を合憲としている。また、*United States v. Extreme Assocs.*, 352 F. Supp. 2d 578 (W. D. Pa. 2005) では、Lawrence 判決が性的行為を行う基本的権利を保障したものではないとし、わいせつ物を規制する連邦法を適用違憲としている。さらに、下級審では、一夫多妻制や同性婚を禁止する州法について、Lawrence 判決と区別している。例えば、*State v. Holm*, 137 P. 3d 726 (Utah 2006) では、一夫多妻制を禁止する州法を合憲としている。また、同姓婚の禁止が基本的権利の侵害であることは認めていない。*Lewis v. Harris*, 908 A. 2d 196 (N. J. 2006); *Standhardt v. Super. Ct. of Ariz.*, 77 P. 3d 451 (Ariz. Ct. App. 2003); *Lockyer v. City and County of San Francisco*, 95 P. 3d 459 (Cal. Ct. App. 2004); *Smelt v. County of Orange*, 374 F. Supp. 2d 861 (C. D. Cal. 2005); *Wilson v. Ake*, 354 F. Supp. 2d 1298 (M.D. Fla. 2005); *Morrison v. Sadler*, 821 N. E. 2d 15 (Ind. Ct. App. 2005); *Hernandez v. Robles*, 805 N. Y. S. 2d 354 (N. Y. App. Div. 2005); *Seymour v. Holcomb*, 790 N. Y. S. 2d 858 (N. Y. Sup. Ct. 2005). さらに、同性婚の禁止が平等保護違反という主張も斥けている。*Woo v. Lockyer*, 27 Cal. Rptr. 3d 722 (Cal. Ct. App. 2005); *Deane v. Conaway*, No. 24-C-04-005390, 2006 WL 148145 (Md. Cir. Ct. Jan. 20, 2006). ただし、姦通を禁止する州法は、Lawrence 判決に基づき違憲としている。*Martin v. Zihlerl*, 607 S. E. 2d 367 (Va. 2005).
- 34) 491 U. S. 110, 127, 137-138 (Brennan, J., dissenting) (1989).
- 35) Ely, *supra* note 5, 43-72 (邦訳69~123頁).
- 36) この点、駒村圭吾教授は、Lawrence 判決が「自由の抽象的な普遍定式を定立し、そこから当該事件の対象となっている法制度が、その普遍定式を否定するかどうかを問題にしている」という。駒村圭吾「道德立法と文化闘争—アメリカ最高裁におけるソドミー処罰法関連判例を素材として—」法学研究78巻5号(2005年)115頁。
- 37) Niles, *supra* note 2, at 155. この点、巻美矢紀准教授は、Lawrence 判決で認められた「『切り札』としての権利」は「絶対的に禁止される規制目的として位置づけられ」たものであるという。巻美矢紀「個人としての尊重と公共性」安西文雄他『憲法学の現代的論点 第2版』(有斐閣, 2009年)289頁。Lawrence 判決以前にも、敵意に基づく立法が正当な立法目的とはならないことが示されている。*U.S. Dept. of Agriculture v. Moreno*, 473 U.S. 432 (1985) (フード・スタンプの詐欺を防止するために、親戚関係にも婚姻関係にもない者をふくむ家庭をフード・スタンプの資格から排除したフード・スタンプ法は、政治的に人気のない集団に対して害悪を与えることを目的としており、正当な政府利益に関連するものではない); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985) (知的障害者のためのグループ・ホームの運営について特別の許可を要求する市のゾーニング条例は、その根拠が不合理な偏見であり、条例の本件への適用は違憲である); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (州や地方の政府機関が同性愛者を差別から保護することを禁止した州憲法の改正は、文字通り法の平等保護を否定しており、法律の目的が特定の集団に対する敵意に基づく場合は、

- 正当な目的に関連するものではなく、たとえ緩やかな審査に基づいても平等保護違反となる)。
- 38) 521 U.S. 702 (1997). 類似の事案である *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) においても *Rehnquist* 首席裁判官の法廷意見は、自殺法補助の権利が、基本的権利にも疑わしい区分にも該当することはないために、州法には合憲性の推定が働くとした。その上で、州法には正当な立法目的と合理的関連性が認められ、合憲であるとした。
- 39) *Brian Hawkins, Glucksberg Renaissance: Substantive Due Process since Lawrence v. Texas*, 105 Mich. L. Rev. 409, 424 (2007).
- 40) *Washington*, 521 U.S. at 738-752 (Stevens, J., concurring in the judgement). さらに、O'Connor 裁判官の結果同意意見は、州法は苦痛緩和の措置により死期を早めることを違法としていないので、自殺補助の権利がデュー・プロセスの自由に含まれるかを判断する必要はないとしている。Id. at 736-738 (O'Connor, J., concurring in the judgement). この O'Connor 裁判官の結果同意意見に、Ginsberg 裁判官の結果同意意見と Breyer 裁判官の結果同意意見が同調している。Id. at 789 (Ginsberg, J., concurring in the judgement), Id. at 789-792 (Breyer, J., concurring in the judgement). そして、特に注目されるのは Souter 裁判官の結果同意意見である。Souter 裁判官は、これまでの実体的デュー・プロセスとは異なるアプローチを提示した。Souter 裁判官は、*Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) における Harlan 裁判官の反対意見に依拠した審査方法を提示した。Souter 裁判官によれば、本件で問題となるのは、州法が恣意的で無目的な制限を課しているかどうかであり、それを判断するためには、common law 的な比較衡量が要求されることになる。すなわち、裁判所は憲法の条文と伝統に拘束され、州と個人の利益の衡量により権利侵害の有無が決定されることになる。本件で問題となっている個人の利益は、注意深い審査が要求されるような重要な利益である。これに対して、州の利益は、①生命の保護、②自殺を奨励しないこと、③末期状態の患者を自殺および安楽死からの保護することが挙げられるが、③が決定的であり、この点について立法府の判断が明白に誤りであるとは言えないという。Id. at 752-789 (Souter, J., concurring in the judgement).
- 41) *Compassion in Dying v. Washington*, 79 F. 3d 790, 820, 839 (9th Cir. 1996) (en banc). 控訴裁を支持する見解として、Erwin Chemerinsky, *Washington v. Glucksberg was Tragically Wrong*, 106 Mich. L. Rev. 1501 (2008). Chemerinsky は、「プライバシーに何らかの意味があるとすれば、個人は生存に関わる重要な決定を行う自律の権利を有する」とし、生か死の決定はこれまで認められてきた基本的権利同様に重要な権利であるという。Id. at 1507.
- 42) *See Jill Melchoir, Quiet Battle for the Heart of Liberty - A Victory for the Cautious: Washington v. Glucksberg*, 66 U. Cin. L. REV. 1359, 1373-1374 (1998).
- 43) 410 U.S. 113 (1973). Roe 判決は議論を呼ぶ判決となり、多くの批判にさらされることになった。Roe 判決に対する代表的な批判としては、*See John Ely, Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 Yale L. J. 920, 929-930 (1973). しかし、Roe 判決以降もその趣旨は確認されている。Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U. S. 52 (1976) (配偶者の同意要件および親の同意要件については違憲); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983) (女性に対して行う中絶の同意規定、および、24時間の待機義務については、違憲); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U. S. 747 (1986) (女性に対して行う中絶の同意規定および担当医師以外の医師の立会いを求める規定は違憲). Roe 判決以後の中絶の判例の動向については、高井裕之「関係性志向の権利論・序説(1)」民商法雑誌99巻3号60頁(1988年)、92～93頁。
- 44) 505 U. S. 833 (1992). 本判決を従来の中絶に関する判例と比較し分析した論稿として、高井裕

- 之「最近の判例」アメリカ法 [1994- 1] 174-179頁。また、本判決を憲法判例の先例拘束性の観点から検討する論稿として、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性について—妊娠中絶をめぐるアメリカ合衆国最高裁判所の判例から—」園部逸夫先生古希祝賀『憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、1999年）241～289頁。
- 45) Id. at 846-853.
- 46) Id. at 874.
- 47) Id. at 877.
- 48) Id. at 898.
- 49) Id. at 911-912 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part).
- 50) Id. at 923-924 (Blackmun, J., concurring in part, concurring in the judgement in part, and dissenting in part).
- 51) 530 U.S. 914 (2000).
- 52) Id. at 930.
- 53) Id. at 938-946.
- 54) Id. at 947-951 (O'Connor, J., concurring).
- 55) Id. at 951-952 (Ginsberg, J., concurring). また、Stevens 裁判官は、州法の禁止する術式は正当な州の利益を促進するものではないとした。Id. at 946-947 (Stevens, J., concurring).
- 56) Id. at 953-956 (Scalia, J., dissenting).
- 57) Id. at 980 (Thomas, J., dissenting). また、Kennedy 裁判官は、胎児の生命を保護することは正当な利益であり、また、中絶の術式についても他の安全な方法がある以上、州法は女性の中絶の権利を否定するものではないとした。Id. at 956-979 (Kennedy, J., dissenting). なお、Stenberg 判決に対して、学説は好意的評価を示している。See, e.g., Jessie Hill, *The Constitutional Right to Make Medical Treatment Decisions: A Tale of Two Doctrines*, 86 Tex. L. Rev. 277, 290 (2007) (Gonzales 判決は安全な方法で中絶を行う権利を明確に認めた)。これに対して、Amar は、本判決では第二トリメスターにおける中絶が問題となっており、第二トリメスターでは胎児が人間の形になりつつあり、胎児の生命が無視されているという。Akhil Amar, *The Supreme Court 1999 Term — Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 Harv. L. Rev. 26, 109-114 (2000).
- 58) 127 S.Ct. 1610 (2007).
- 59) Id. at 1620-1624.
- 60) Id. at 1637-1638. この点、安倍圭介教授は、Gonzales 判決では、これまでの中絶の判例が「実質的にはほぼ覆った」と指摘する。「座談会：合衆国最高裁判所2006-2007開廷期重要判例概観」アメリカ法 [2007] 199頁。なお、Thomas 裁判官の同意意見は、法廷意見が先例を正しく適用したものであると評価している。Id. at 1639 (Thomas, J., concurring).
- 61) Id. at 1641-1653 (Ginsberg, J., dissenting). Gonzales 判決に対して、学説は概ね否定的である。See, e.g., Graham Gee, *Regulating Abortion in the United States After Gonzales v. Carhart*, 70 Mod. L. Rev. 979 (2007); Judith Waxman, *Privacy and Reproductive Rights: Where We've Been and Where We're Going*, 68 Mont. L. Rev. 299 (2007). なお、本稿では検討することはできないが、partial-birth abortion に関する事例において問題となるのは、連邦議会が通商条項のもとで中絶の禁止する法律を制定する権限があるかどうかであるとの指摘も存在する。Robert Pushaw, *Does Congress Have the Constitutional Power to Prohibit Partial-Birth Abortion?*, 42 Harv. J. Legis. 319 (2005); Robert Pushaw, *Partial-Birth Abortion and the Perils of Constitutional Common Law*, 31 Harv. J. L. & Pub. Poly. 519 (2008).
- 62) この点、Schneider によれば、過度の負担のテストの本来の役割は、人々は道徳上平等であるというカント哲学に基づいて、州の中絶に関する規制が女性の健康保護に限定され、道徳的な判断は女性に委ねられることを保障することにあるという。Elizabeth Schneider, *Workability of the Undue Burden Test*, 66 Temple L. Rev. 1003, 1035-1037 (1995).
- 63) Alan Brownstein, *Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 Hastings L. J. 867, 881 (1994). See also Gillian Metzger, *Unburdening the Undue Burden*

Standard: Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence, 94 Colum L. Rev. 2025, 2079-2085 (1994).

- 64) アメリカにおける動機審査の展開については、中曾・前掲注8) 161~172頁。
- 65) 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, 314-319 (1995).
- 66) Laura Tepich, *Gonzales v. Carhart: The Partial Termination of the Right to Choose*, 63 U. Miami L. Rev. 339, 392 (2008). なお、Lawrence 判決の法廷意見を執筆した Kennedy 裁判官が、本件ではなぜ連邦法を合憲としたかであるが、Glucksberg 判決を引用している点から、単なる中絶の規制とは異なる部分的に出産に類似する中絶の規制と自殺幫助の規制は本質的には同質のものであり、自由の利益としては認められな

いという理解がうかがえる。つまり、Kennedy 裁判官は、Lawrence 判決で問題となっている性的自由は、他者や社会に危害を与えることのない適正な自由の行使であったのに対して、部分的に出産に類似する中絶はそのような自由の行使ではないという区別を行ったということであろう。Casey Coyle, *Gonzales v. Carhart: Justice Kennedy at the Intersection of Life Interests, Medical Practice and Government Regulations*, 27 Temp. J. Sci Tech. & Envtl. L. 291, 312 (2008).

- 67) この点、駒村教授は、「民主的政治過程の決定に服するのは、……『良き社会』における全体の利益のあり方であり、他方で、個人の『善き生き方』は政治過程の決定ではなく、各人の自律的選択に委ねられなければならない」と指摘する。駒村・前掲注4) 30頁。

(2010年5月14日掲載決定)