

ニュータイプの中絶規制の合憲性
– Whole Woman’s Health v. Hellerstedt

中 曾 久 雄

ニュータイプの中絶規制の合憲性

– Whole Woman’s Health v. Hellerstedt

中 曾 久 雄

1 はじめに

近年、アメリカでは、中絶規制に関して従来とは異なるタイプの規制が行われている¹⁾。中絶の施行者や中絶施設を標的とした規制 (Targeted Regulation of Abortion Providers) である²⁾。通称、TRAP 法と称されるものであり、中絶反対派のロビー活動により制定された法律である³⁾。Casey 判決を受けて、中絶反対派は、中絶に対して不当な負担とならない規制を作り出すことに力を注いできた⁴⁾。そこで、生み出されたのが TRAP 法である⁵⁾。現在、TRAP 法は中絶規制のトレンドとなっている⁶⁾。TRAP 法の目的は、中絶を行おうとする女性に対して

1) Laura Young, *Falling into the TRAP: The Ineffectiveness of 'Undue Burden' Analysis in Protecting Women's Right to Choose*, 34 PACE L. REV. 947 (2014).

2) Ania Wlodek, *Legal Does Not Mean Rational: The Practicality of Treating First Trimester Abortion Clinics the Same as Hospitals*, 18 WM. & MARY J. WOMEN & L. 395, 407 (2012).

3) Young, *supra* note 1, at 949.

4) *See Id.* at 950.

5) *Id.* at 950-51.

6) この TRAP 法を制定しているのは、Wisconsin 州、Ohio 州、Alabama 州、North Dakota 州、Michigan 州、Arizona 州、Pennsylvania 州、Missouri 州、Virginia 州、Oklahoma 州、Louisiana 州、Alabama 州、Carolina 州、Kansas 州、Idaho 州、Indiana 州、Nebraska 州、Florida 州、Oregon 州、New Hampshire 州、Tennessee 州、Massachusetts 州、Maryland 州、Illinois 州、Maine 州、Kentucky 州、Utah 州、Washington 州、West Virginia 州、Hawaii 州、New York 州、Rhode Island 州、Colorado 州、South Dakota 州、New Mexico 州である。

ではなく、中絶施設の提供者、中絶施設に対して医学上不要の規制を行い、中絶施設を提供できなくし、あるいは、既存の中絶施設での中絶を行えなくすることで⁷⁾ 中絶を妨げることにある⁸⁾。そして、TRAP法の制定後、多くの中絶施設で診療できない事態が生じ⁹⁾ 中絶を行う女性、なかでも貧困の女性に対して大きな障害となっていると指摘されていた¹⁰⁾。そこで、近年ではこうしたニュータイプの中絶規制の合憲性が問題となっていた¹¹⁾。そして、Whole Woman's Health v. Hellerstedt¹²⁾において、この問題について、連邦最高裁が初めての判断を示した。本稿は、Whole Woman's Health v. Hellerstedtを通して、ニュータイプの中絶規制の問題、中絶規制の合憲性に関する判断枠組み（不当な負担テスト）、その具体的適用の在り方を検討することを目的とする。

2 Whole Woman's Health v. Hellerstedt

2-1 事案

本件は、2013年、Texas州議会が制定したTRAP法であるHouse Bill 2（以下、HB2）が問題となった（その後、HB2はTexas Health & Safety Codeに統一されることになった¹³⁾）。HB2は、Texas州において中絶を行う医師および施設に対して、いくつかの要件を課している。第1に、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ものである（以下、特権の獲得の義務

7) Young, *supra* note 1, at 949.

8) Caroline Burnett, *Dismantling Roe Brick by Brick – The Unconstitutional Purpose Behind the Federal Partial-Birth Abortion Act of 2003*, 42 U. S. F. L. REV. 227, 251-54 (2007).

9) Young, *supra* note 1, at 965.

10) Katharine Greenier & Rebecca Glenberg, *Virginia's Targeted Regulations of Abortion Providers: The Attempt to Regulate Abortion out of Existence*, 71 WASH. & LEE L. REV. 1233, 1257 (2014).

11) Young, *supra* note 1, at 948-49.

12) No. 15-274 (U. S. March 2, 2016).

13) この法律の概要については、Jon O. Shimabukuro, *Abortion and Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Mar. 28, 2016, at 5-7.

付け)。中絶を行う過程で合併症 (complication) が生じた場合、この権利に基づき、医師は病院に患者を搬送することができる。第2に、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ものである (以下、ASC の水準充足の義務付け)。具体的には、施設の運営に関する義務付けとして、診療記録、患者の権利、医療の質、要員、衛生を規定する。それ以外に、火災防止と安全に関する義務付け、場所、建物の構造、電気といった設備に関する義務付けも規定されている。第3に、中絶を誘発する薬物を使用するに際して、食品医薬品局 (Food and Drug Administration ; FDA) が作成した基準を遵守することを義務付けるというものである¹⁴⁾ 本件は、Texas 州において中絶施設を提供する組織 (Whole Woman's Health) である原告が、HB2 の違憲の宣言と差止、さらに、原告の提供するクリニックに対して適用される特権の獲得の義務付け、ASC の水準充足の義務付けについても異議申し立てを求めたものである¹⁵⁾

連邦地方裁判所¹⁶⁾ は、特権の獲得の義務付けが2つのクリニック (McAllen にあるクリニックと El Paso にあるクリニック) に適用される限りで違憲であり、ASC の水準充足の義務付けは中絶を求めるすべての女性に対して違憲であると、差止を認めた。その後、州が控訴し、第5巡回区控訴裁判所¹⁷⁾ は、特権獲得の義務付けが文面上合憲であるとしたが、原告の提供するクリニック

14) 2016年3月にFDAはガイドラインの改定を発表し、中絶を誘発するピルの入手に関する要件を緩めた。これはFDAが新しい医学的基準に基づき改定を行ったものである。改訂の背景には、本件訴訟、大統領選挙の影響があるとされている。http://www.nytimes.com/2016/03/31/health/abortion-pill-mifeprex-ru-486-fda.html.

15) なお、本件に先立ち、本件の原告が含まれているPlanned Parenthood of Greater Texasは本件で問題となった州法の差止を求める訴訟を提起した。連邦地裁は原告の訴えを認め州法を違憲とし差止を認めた。Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott, 734 F.3d 406 (5th Cir. 2013). その後、州が控訴し、第5巡回区控訴裁判所は、州法を合憲として差止の停止を認めた。Planned Parenthood of Greater Texas Surgical Health Services v. Abbott, 748 F.3d 583, (5th Cir. 2014). 原告は連邦最高裁に上告したが、連邦最高裁は差止の停止を認めなかった。Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. v. Abbott, 134 S. Ct. 506 (2013).

16) Whole Woman's Health v. Lakey, 46 F. Supp. 3d 673, 676 (W. D. Tex. 2014).

17) Whole Woman's Health v. Cole, 790 F.3d 563, 576 (5th Cir. 2015).

のうち McAllen にあるクリニックに適用される差止は認め、El Paso にあるクリニックに対しての差止を破棄した。ASC の水準充足の義務付けは不当な負担を課すものではないために、ASC の水準充足の義務付けが違憲とする請求は失当としたが、原告の提供する中絶クリニックの1つ (McAllen にあるクリニック) に対して適用される限りで差止を容認した。原告が上訴し、連邦最高裁はサーシオレイライを認めた。

本件の争点は以下の3つである。①不当な負担テストを適用するに際して、健康を促進するという目的のために中絶を規制する法律が実際に健康を促進するという州の利益に資するかどうか、および、どの程度資するかを考慮することを裁判所が無視することが誤りであるのか、②健康促進という州の利益、あるいは、他の有効な利益という政府利益の促進に失敗しているものの、不当な負担の基準が州に対して、すべての状況において、有効な中絶方法を著しく縮減する法律の執行を許容していると第5巡回区控訴裁判所が結論づけることは誤りであるのか、③第5巡回区控訴裁判所が既判力 (res judicata) は地方裁判所における判決の一部を破棄する根拠になると判示することは誤りであるのか、である。

2-2 Breyer 裁判官 (Kennedy 裁判官の法廷意見, Ginsburg 裁判官, Sotomayor 裁判官, Kagan 裁判官同調) 破棄差し戻し

Casey 判決では、胎児が独立生存可能となる以前に目的または効果が中絶を希望する女性にとって実質的な障害になる場合に、不当な負担が存在し法律の規定は違憲となると結論づけた。当法廷は、Casey 判決において解釈されたように、州法が憲法に反するかどうかを決定する¹⁸⁾

請求排除効 (Claim Preclusion) 当法廷は憲法の問題を検討するに先立ち、手続上の理由から原告は憲法上の異議申し立てができないとする控訴裁判所の判決を検討する。控訴裁判所は既判力の原理が特権の獲得の義務付けの獲得に

18) *Whole Woman's Health*, slip op. at 1.

対する文面上の異議申し立てを禁止すると判示する（*Planned Parenthood of Greater Texas Surgical Health Services v. Abbott*）。

まず、請求排除効の原理が特権の獲得の義務付けに対する文面上の異議申し立てを遮断するかどうかである¹⁹⁾ 請求排除効の原理は同一の当事者による同一の請求を行う連続性のある訴訟を禁止するものである。原告の執行後の適用上の異議申し立て（*postenforcement as-applied challenge*）は執行前の文面上の異議申し立て（*preenforcement facial challenge*）と全く同一ではない²⁰⁾ *The Restatement of Judgments* によれば、新たな重要な事実の展開は新たな事案と同種の事案がその他の同様の請求ではないことに言及している。さらに、*The Restatement of Judgments* は、重要な人間の価値（*important human values*）が問題となる場合に、状況のわずかな変化（*slight change of circumstances*）でさえ、第2の訴訟を提起する重大な根拠を提供すると付け加えている。問題となっている法律が違憲の効果を有していると示す状況の変化が新しい主張を決して生じさせないとする *Alito* 裁判官の反対意見は単純に誤りである²¹⁾ 第1の訴訟のあとで、状況は大きく変化している²²⁾ *Abbott* 判決において原告は執行前（*prior to its enforcement*）の特権の獲得の義務付けに対する文面上の異議申し立てを行ったが、本件では執行後（*after its enforcement*）の訴訟である。*Abbott* 判決においても後の適用上の異議申し立て（*later as applied challenges*）は憲法上の問題として扱うことができると認められている。*Abbott* 判決では特権の獲得の義務付けが執行されクリニックに対してどのような影響を及ぼすか不明確であったが、本件の場合特権の獲得の義務付けがクリニックを閉鎖に追い込んでいるという事実に依拠する。控訴裁判所は、原告により提示された新しい証拠が新しい請求を生じさせ、適用上の異議申し立ては遮断されない、と適切に判示している。本件の請求と *Abbott* 判決の請求は同一ではない²³⁾ 既

19) *Id.* at 10.

20) *Id.* at 11.

21) *Id.* at 12-13.

22) *Id.* at 13-14.

判力の原理は文面上の救済を遮断するものではない。適用上の救済を請求するに際して、原告は裁判所が正当で妥当で公正と考える他の救済を請求した。原告の弁論と証拠は州法が全面的に違憲であることを地方裁判所に認めさせるものであった。連邦民事訴訟規則 54(c)は「たとえ当事者が訴答手続において救済の訴えを請求しなくとも、終局判決は両当事者が得る資格のある救済を付与しなければならない」と規定する。当法廷は、弁論と証拠が州法は文面上違憲であることを立証する場合には、その執行を禁止する差止は妥当であると判断する²³⁾

次に、請求排除効の原理は ASC の水準充足の義務付けに対する異議申し立てを遮断するかどうかである。請求排除効の原理は ASC の水準充足の義務付けに対する異議申し立てを遮断するものではない。控訴裁判所は特権の獲得の義務付けの規定と ASC の水準充足の義務付けが相互に独立した規制であるという事実を考慮していない。また、ASC の水準充足の義務付けは Abbott 判決時に執行されていなかった²⁴⁾

不当な負担テスト 控訴裁判所は、もし(1)中絶を行おうとする女性に対して実質的な障害を課す目的、効果がなければ、(2)州の正当な利益と合理的に関連するならば、州法は合憲とする。特権の獲得の義務付けと ASC の水準充足の義務付けは中絶を行うとする女性に対して不当な負担となる、と記した。控訴裁判の基準は誤りである²⁵⁾(1)について、地方裁判所が医療上の利益の有無を考慮してはならないことを理解して差し支えない。しかし、Casey 判決では、法律がもたらす利益とともに中絶へのアクセスに対する負担を考慮することを裁判所に義務付けている。(2)について、経済的自由に適用される司法審査と憲法上保護された自由に対する司法審査を同等とするものであり、誤りである。裁判所ではなく立法府が医学上不要かどうかの問題を解決とする主張は先例と矛

23) Id. at 14.

24) Id. at 15.

25) Id. at 17-18.

26) Id. at 19.

盾する。Gonzales 判決において、「憲法上の権利が問題となる場合、裁判所は独立して事実認定 (factual findings) を審査する義務がある」とする²⁷⁾

不当な負担テストと特権の獲得の義務付け 特権の獲得の義務付けの目的は、中絶の最中に合併症が生じた場合に女性が病院にアクセスしやすくすることを保障することに資するものである。しかし、地方裁判所は特権の獲得の義務付けが健康に関連する利益をもたらさないと認めた²⁸⁾ 当法廷は、特権の獲得の義務付けが女性の健康保護という州の正当な利益を促進するということを州の記録上の証拠から見出すことができなかった²⁹⁾ 当法廷は、口頭弁論において、州に対して特権の獲得の義務付けにより女性がより良い処置を得る助けとなっているのかどうかを尋ねたところ、州は記録上そのようなケースがないことを認めた³⁰⁾ 同時に、別の証拠は、特権の獲得の義務付けが女性の選択にとり不当な負担となることを示している。特権の獲得の義務付けが執行されたのちに、中絶施設の数が半減した。また、別の証拠は、特権の獲得の義務付けがなぜ中絶施設を閉鎖に追い込むということを説明してくれる。病院は、1年について特権付与の数が特定の数に達すると、特権の付与を調整する。また、別のアミカスは、特権の獲得の義務付けは中絶を実行する医療上の能力と関係しないことを示している³¹⁾

特権の獲得の義務付けは、州の半分の中絶施設を閉鎖に追い込んでいる。また、特権の獲得の義務付けは、中絶施設を起点として生活している女性に多大の移動距離を強いるものとなる。当法廷はこれまで移動距離の増加は常に不当な負担を構成しないと判示してきた。しかし、それが中絶施設の閉鎖に関連し、健康上の利益が欠如していることを照らすと、さらなる不当な負担となる。当法廷は、地方裁判所の判断を支持する³²⁾

27) Id. at 20-21.

28) Id. at 22.

29) Id. at 22-23.

30) Id. at 23-24.

31) Id. at 25.

32) Id. at 26.

不当な負担テストと ASC の水準充足の義務付け ASC の水準充足の義務付けが執行される以前では、州法は中絶施設に対して健康および安全上の基準を充足するように義務付け、それをランダムに、そして、告知された監査（inspections）により監視していた³³⁾。しかし、この ASC の水準充足の義務付けは医学上不要であり、中絶を行うに際して合併症が生じた場合も何らの利益を提供しないということを訴訟記録が明確にしている。ASC の水準充足の義務付けは医学上不要である。中絶後の合併症は施設の退院後に生じている。また、訴訟記録は、中絶施設で行う中絶は、ASC の水準充足の義務付けが適用されない専門外の病院で行われる多くの処置よりも安全であることを示す証拠を含んでいる³⁴⁾。ASC の水準充足の義務付けは女性に対して不当な負担となる。この ASC の水準充足の義務付けは中絶が行える施設を減らしている³⁵⁾。ASC の水準充足の義務付けは中絶施設で行う中絶が毎年約 5 倍（14,000 件から 60,000～70,000 件へと増加している）に増加させる原因となっているとする医師の証言を控訴裁判所は否定する。この医師の証言は、州の公共の医療部門、および、大学からの情報を使用し、他の大学の研究者とともに州の開業している中絶施設の数を追跡する研究への参加に基づいて行われたものであった。地方裁判所はこの証言を証拠能力があるものとして認める権限がある³⁶⁾。

地方裁判所は ASC の水準充足の義務付けを充足するために莫大な費用がかかると認めた。この証拠は、通院外科診療所が閉鎖された施設の隙間を埋めるものではないとする結論を支持するものである。当法廷は、ASC の水準充足の義務付けが女性の健康利益にほとんど資するものではなく、中絶を行う女性に対して不当な負担を課し、他の憲法上の権利にも不当な負担を課すとする地方裁判所の判断を支持する³⁷⁾。

さらに、当法廷は、州の 3 つの追加の主張を検討する。第 1 に、文面上の違

33) Id. at 28.

34) Id. at 30.

35) Id. at 32.

36) Id. at 33.

37) Id. at 36.

憲の主張は分離条項（Severability Clause）で妨げられると主張する。州法は中絶施設を閉鎖に追い込み、閉鎖されていない中絶施設にも圧力を加えている。州法は、あらゆる実効性のある審査に耐えることが可能な女性の健康の利益を提示することなく、州内の中絶を求める女性に対して障害を大幅に増やしている。州法は文面上違憲である分離条項があることによりこの結論を変えることはできない。州法は文面上違憲である。第2に、州は、州法が大部分の女性に対して影響を与えるものではないために不当な負担を課すものではない主張とする。しかし、Casey 判決では、問題となる規制が関係する事例が大部分であることに言及するために、「大部分」（large fraction）という文言を使用している。本件では、Casey 判決と同様に、共通しているのは、州法が無関係な規制ではなくむしろ現実に適用されているのが中絶を行う女性であるということである。第3に、州は *Simopoulos v. Virginia* を引用して、ASC の水準充足の義務付けは第2 trimestre における規制であると主張するが、本件はすべての中絶に対して行われる規制であり、単に第2 trimestre において行われる規制ではない³⁸⁾

2-3 Ginsburg 裁判官の反対意見

Roe 判決、Casey 判決に従う限り、州法は健康保護とは関連するものではなく、中絶に対する障害となるものである³⁹⁾

2-4 Thomas 裁判官の反対意見

私は、法廷意見が女性の中絶へのアクセスに対する不当な負担を見出したことに驚愕している⁴⁰⁾ 私は、不当な負担テストに対して反対を続けている。法廷意見は、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、州法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う必要はない、

38) Id. at 38-39.

39) Id. at 2 (Ginsburg, J., concurring).

40) Id. at 5 (Thomas, J., dissenting).

たとえ州法が女性の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ている。これらの事柄は Casey 判決に見出すことができず、不当な負担テストは厳格審査に類似する審査へと変化したのである⁴¹⁾

第1に、balancingを行っていない法廷意見は、Casey 判決に反している⁴²⁾ 第2に、裁判所ではなく立法府が医学上不要の問題を解決しなければならないとする考えを否定することは Casey 判決における枠組みの核心要素を放棄する⁴³⁾ 法廷意見は、最終的に合理的基準以上のものを州法に要求することで Casey 判決における中心的側面を覆している。法廷意見における不当な負担テストは、Casey 判決後の判例とほとんど類似せず、Casey 判決の否定した厳格審査を超えるものである⁴⁴⁾

不当な負担テストは憲法訴訟における審査の階層アプローチ (tiers-of-scrutiny approach) のまさしく1つの変異である。政府が憲法の権利を制限できるかどうかを評価するに際して審査のレベルに対して裁判所が付与するラベルは、ますます意味のない形式主義 (meaningless formalism) である⁴⁵⁾ さらに、当法廷の先例が示しているのは、裁判所が自己の願望を達成するために、審査のレベルを容易に調整することを可能とするということである。そのために、州が中絶の安全性が医学的に議論している証拠を提示しても、不当な負担テストのもとで州は敬讓を得ることができない⁴⁶⁾

法廷意見は、中絶のような司法により創造された権利を優越した憲法上の権利 (preferred constitutional rights) へと変化させた。憲法はある種の権利が他の権利よりも同等以上であるとする観念を放棄している⁴⁷⁾

41) Id. at 6.

42) Id. at 7.

43) Id. at 8-9.

44) Id. at 10.

45) Id. at 11.

46) Id. at 12-13.

47) Id. at 16.

2-5 Alito 裁判官の反対意見 (Roberts 首席裁判官, Thomas 裁判官同調)

本件では既判力の原理（現代の用語では請求排除効）が無視された⁴⁸⁾。請求排除効の基本的原理は、もし、(1)同一の当事者が、(2)最初の訴訟と同じ訴因で訴訟を提起し、(3)最初の訴訟が管轄する裁判所により判決が下され、(4)本案において判決が下され、(5)終局判決が下され、(6)最初の判決を無効とする根拠が存在しない場合に、訴因が遮断されるというものである⁴⁹⁾。本件では Abbott 判決に基づき、これらの要素を充足されている。Abbott 判決は、(1)本件の原告が含まれた原告の集団により提起され、(2)文面上の合憲性に関する異議申し立てという同じ訴因が主張され、(3)管轄する裁判所により判決が下され、(4)本案において判決が下され、(5)原告に対する終局判決の登録が行われ、(6)無効とする条件は存在しない⁵⁰⁾。本件において、なぜ原告の弁護士が訴状に特権の獲得の義務付けに対する文面上の攻撃を含んでいなかったのかは明白である。そうすることは誤った行為を承認することになる⁵¹⁾。法廷意見は、最初の訴訟における文面上違憲の攻撃と本件における文面上の違憲の攻撃は別であるとする。しかし、本件における文面上の違憲の主張は最初の違憲の主張後の新しい行為に基づくものではない。むしろ、両者は同じである⁵²⁾。本件において、法廷意見は既判力の原理の新たな例外を作り出した。それは、もし、原告は争われている法律が違憲であるという相当な証拠を提示することに失敗し敗訴しても、原告は同様の主張を行うことができるというものである。このルールは正当化することはできない⁵³⁾。本件における文面上の違憲の主張は請求排除効により遮断されないとする法廷意見の判断は先例により正当化できるものではない⁵⁴⁾。また、当事者は単に新しい証拠を入手しただけでは訴訟を再び提起することができない

48) Id. at 2 (Alito, J., dissenting).

49) Id. at 3.

50) Id. at 3-4.

51) Id. at 4.

52) Id. at 11.

53) Id. at 14.

54) Id. at 18-19.

とするルールにも反することになる⁵⁵⁾

特権獲得の義務付けと ASC の水準充足の義務付けは関連しているという証拠が存在する。原告は両者が結合すると主張する。にもかかわらず、法廷意見は両者が別々の異なる主張であるとする。しかし、この主張に請求の実体はない⁵⁶⁾ 第1に、州により正当化された2つの規制が安全保護に基づくものであり、同類の負担を女性に課すものである。第2に、原告が最初の訴訟を提起したときに、彼らは ASC の水準充足の義務付けを将来執行するルールが既存の中絶施設に対して例外を付与するかどうかわからなかったと、法廷意見は主張する。この主張には欠点がある。中絶施設に対して ASC の水準充足の義務付けの例外が存在する可能性があるかどうかは本件では無関係である。というのは、原告および法廷意見は ASC の水準充足の義務付けは分離できる性質のものではないとして理解しているからである⁵⁷⁾

私は州法が中絶施設を閉鎖に追い込んでいることについて争わない。州法が安全ではない中絶施設を閉鎖に追い込むのは明白である。また、州法が中絶施設における中絶手術を停止に追い込むことについても疑いはない⁵⁸⁾ しかし、中絶へのアクセスに対して物理的インパクトがあったとすることは明確ではない。裁判所の理由づけに関する問題は、その結論が原告の主張によって曲げられているということである⁵⁹⁾ 州法の制定後でも、州では他の施設（通院外科診療所）で州法が制定される以前に匹敵する中絶が行われている⁶⁰⁾ また、女性を最大 150 マイル移動させることは不当な負担とならないことは明白である⁶¹⁾

ASC の水準充足の義務付けは詳細な規制であり、一括として判断することはできない。にもかかわらず、地方裁判所は ASC の水準充足の義務付けはす

55) Id. at 19.

56) Id. at 20.

57) Id. at 23-24.

58) Id. at 27-28.

59) Id. at 32.

60) Id. at 34.

61) Id. at 35.

すべての事案において違憲であるとする。州法は分離条項を有している⁶²⁾分離条項は「あらゆる人、集団、あるいは、状況に対するこの法律におけるあらゆる規定のあらゆる適用が裁判所により無効とされた場合に、すべて他の人や状況に対しての残余の適用は分離されなければならない、影響を受けることはない。執行中の有効な規定をそのままにしながら、この法律の合憲的に有効に適用されているすべての規定は、裁判所により無効とされたあらゆる規定から分離しなければならない。というのは、有効な規定を存置させることが立法者の意図であり優先事項だからである」と規定する⁶³⁾分離条項は、違憲ではないすべてのASCの水準充足の義務付けの規制を残すことを明確に要求している⁶⁴⁾法廷意見は、分離条項を無視して、不当な負担を課さない規定までも違憲としている。また、分離条項を適用すると、多くの条項は合憲となる。ASCの水準充足の義務付けのなかでも不当な負担を課さない規定は合憲とすべきである。裁判所が問題となっている州法の規定の分離を行う意欲がなくとも、争われている規定のすべての適用を違憲とする理由はない⁶⁵⁾

3 中絶規制の合憲性をめぐるテストの変化

3-1 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. Wade⁶⁶⁾は、プライバシー権のなかに中絶の自由が含まれることを認めつつ、妊娠期間を三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）。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

62) Id. at 38.

63) Id. at 39-40.

64) Id. at 40.

65) Id. at 41-42.

66) 410 U. S. 113 (1973).

する議論を巻き起こしたと同時に⁶⁷⁾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、バックラッシュを生じさせた⁶⁸⁾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ことごとく違憲としてきた⁶⁹⁾

ところが、1986年にレーンキストコートに入り、連邦最高裁判決 Roe 判決に対する否定的評価が目立つようになり⁷⁰⁾そうしたなかで、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*⁷¹⁾である。O'Connor 裁判官、Kennedy 裁判官、Souter 裁判官の共同意見では、Roe 判決の中心部分を維持することを確認するが、Roe 判決における妊娠期間を三区区分する枠組みは、Roe 判決の中心部分ではないとし放棄する。そこで、共同意見は、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、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である。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適用されることになる。*Stenberg v. Carhart*⁷²⁾では、母体の

67) Helen Garfield, *Privacy, Abortion, and Judicial Review: Haunted by the Ghost of Lochner*, 61 WASH. L. REV. 293, 296 (1986).

68) Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N. C. L. REV. 381, 381-83 (1985). しかし、近年の研究では、Roe 判決以前の共和党による中絶を批判する運動 (1972年の大統領選でカトリック教徒の票を取り込むことが目的とされている) が中絶をめぐる争いの契機となり、Roe 判決は中絶をめぐる議論に影響を与えなか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, 2052 (2011).

69) *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).

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

71) 505 U. S. 833 (1992).

72) 530 U. S. 914 (2000).

生命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不当な負担を課すものである。

ところが、Gonzales v. Carhart⁷³⁾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。まず、連邦法の規定が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。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。

3-2 不当な負担テストの特色

このように、Roe 判決において認められた中絶の権利が憲法上保護されることについては連邦最高裁の判断は一貫しているが、Casey 判決以降中絶の権利

73) 550 U. S. 124 (2007).

の保障の在り方が大きく変化することになった。この不当な負担テストは、Akron 判決において O'Connor 裁判官の反対意見において言及されたものである。この不当な負担テストが中絶規制に対して合憲性を判断するに際して正式なテストとして採用されるかどうかについては、連邦最高裁内部においても具体的方法論を欠くと批判されてきた⁷⁴⁾しかし、こうした経緯のなかで、Casey 判決において不当な負担テストが採用され、結果としてトライメスターフレームワークは放棄されたのである⁷⁵⁾

この不当な負担テストの特色は、女性の中絶に対する負担の程度を測定し⁷⁶⁾、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⁷⁷⁾本判決もこの不当な負担テストを採用している。もっとも、審査のレベルは明確ではないものの⁷⁸⁾Casey 判決は合理性の基準にも言及していることから、当初は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とされてきた⁷⁹⁾

4 不当な負担テストをめぐる議論

不当な負担テストをめぐるのは、その賛否を含めて多様な観点で議論が行われている。以下では、それらの議論を概観し、不当な負担テストの意義、射程、適用の在り方について検討を行う。

74) Gillian Metzger, *Unburdening the Undue Burden Standard: Orienting Casey in Constitutional Jurisprudence*, 94 COLUM. L. REV. 2036-37 (1994).

75) Lauren Paulk, *What is an "Undue Burden"?*, 20 UCLA WOMEN'S L. J. 71, 76 (2013).

76) Alan Brownstein, *How Rights are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 HASTINGS L. J. 867, 870 (1994).

77) 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).

78) See Metzger, *supra* note 74, at 2032-33.

79) 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。

4-1 不当な負担テストに対する否定的評価

連邦最高裁が不当な負担テストを採用したことについては、学説からの批判が多い。主要な批判としては以下の4つが挙げられる。

第1に、不当な負担テストが多くの中絶規制を許容しているということである⁸⁰⁾。一方で不当な負担テストは *Roe* 判決の中核を維持したが、他方で多くの中絶規制を許してしまう点で⁸¹⁾ 結果として中絶規制を正当化する機能を有しており⁸²⁾、そのために、不当な負担テストは意味のないテストであると批判されている⁸³⁾ (近年この批判は有力となっている)⁸⁴⁾。特に、*Casey* 判決以降、女性に対して不当な負担を課さない限りで、多くの州で多様な中絶規制が行われることになった⁸⁵⁾。確かに、配偶者の同意要件は中絶を妨害する意図を有していることは明確であるものの、それ以外にも、例えばインフォームドコンセントに関する規定は女性に対して不当な感情的影響を与え配偶者の同意要件と同様に中絶を妨害するものであるとされている⁸⁶⁾。このように、不当な負担テストが中絶に対して完全に障害となるものだけを違憲としていることが批判されている⁸⁷⁾。

第2に、何が不当な負担に該当する規制であるかについては、裁判官の個人的価値観に左右され⁸⁸⁾、一貫した判断基準はないということである⁸⁹⁾。*Casey* 判決

80) ERWIN CHERMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES*, 826-30 (2006).

81) Caitlin Borgmann, *Abortion, the Undue Burden Standard, and the Evisceration of Women's Privacy*, 16 WM. & MARY J. WOMEN & L. 291 (2010).

82) Wharton, *supra* note 83, at 329.

83) Caitlin Borgmann, *Holding Legislatures Constitutionally Accountable Through Facial Challenges*, 36 Hastings Const. L. Q. 563, 578-79 (2009).

84) Linda J. Wharton, *Roe at Thirty-Six and Beyond: Enhancing Protection for Abortion Rights Through State Constitutions*, 15 WM. & MARY J. WOMEN & L. 469, 471 (2009).

85) Linda J. Wharton et al., *Preserving the Core of Roe: Reflections on Planned Parenthood v. Casey*, 18 YALE J. L. & FEMINISM 317, 325 (2006).

86) Jeremy Blumenthal, *Abortion, Persuasion, and Emotion: Implications of Social Science Research on Emotion for Reading Casey*, 83 WASH. L. REV. 1, 27 (2008).

87) Caitlin Borgmann, *Winter Count: Taking Stock of Abortion Rights After Casey and Carhart*, 31 FORDHAM URB. L. J. 675, 682-89 (2004).

88) Jeannie Suk, *Is Privacy a Woman?*, 97 GEO. L. J. 485 (2009).

89) Caitlin Borgmann, *Roe at 40: The Controversy Continues: Session 2: Abortion Exceptionalism and Undue Burden Preemption*, 71 WASH. & LEE L. REV. 1047, 1049 (2014).

では配偶者の同意要件が違憲とされたがなぜ配偶者の同意要件だけが不当な負担となるのかについては明確な証拠はないとされている⁹⁰⁾

第3に、下級審に対する影響である。上記でみたように、不当な負担テストに一貫性が存在しないことから、下級審では不当な負担テストを適用した結果、多くの中絶規制が許容されている⁹¹⁾（もっとも、下級審の判断は一定しておらず、不当な負担を適用し中絶規制を違憲とした裁判例もある⁹²⁾

第4に、Gonzales 判決において不当な負担テストが相対化し⁹³⁾女性のプライバシー権の保障が後退したということである⁹⁴⁾ Gonzales 判決では女性の利益と胎児の利益の間の調整が不当な負担テストのなかに持ち込まれ⁹⁵⁾さらに、人間の生命に対する尊厳を重視し、中絶のもたらす害悪から女性を保護するために、胎児を殺害する intact D&E は道徳的に誤りであるとされその禁止が正当化された⁹⁶⁾要するに、Gonzales 判決において女性を道徳的に誤った決定から保護するということが許容したことは⁹⁷⁾パターナリスティックな観点に基づく⁹⁸⁾女性の自由の制限を可能にしてしまったことを意味する⁹⁹⁾この中絶のもたらす

90) *The Supreme Court, 1991 Term: Leading Cases*, 106 HARV. L. REV. 163, 206-10 (1992).

91) Metzger, *supra* note 74, at 2037.

92) *Planned Parenthood of Greater Iowa v. Miller*, 195 F.3d 386 (8th Cir.1999); *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Cox*, 487 F.3d 323(6th Cir.2007).

93) See Borgmann, *supra* note 81, at 324.

94) 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).

95) See Bridges Khiara, *Capturing the judiciary: Carhart and the undue burden standard*. 67 WASH. & LEE L. REV. 915, 954-56 (2010).

96) Reva Siegel, *Dignity and Politics of Protection: Abortion Restriction Under Casey/Carhart*, 117 YALE L. J. 1694, 1706-13 (2008).

97) Ronald Turner, *Gonzales v. Carhart and the Court's "Women's Regret" Rationale*, 43 WAKE FOREST L. REV. 1, 40-42 (2008); Chris Guthrie, *Carhart, Constitutional Rights, and the Psychology of Regret*, 81 S. CAL. L. REV. 877, 902-03 (2008).

98) Jed Rubenfeld, *On the Legal Status of the Proposition that "Life Begins at Conception"*, 43 STAN. L. REV. 599, 611 (1991).

99) Jeannie Suk, *The Trajectory of Trauma: Bodies and Minds of Abortion Discourse*, 110 COLUM. L. REV. 1193, 1243 (2010).

害悪から女性を保護するという立法目的については女性の能力と役割に関する古いステレオタイプの発想に基づくものであると批判されている¹⁰⁰⁾ 確かに、Ginsberg 裁判官の反対意見が指摘するように、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 も残忍さという点で変わりなく、胎児の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 判決に反することになる¹⁰¹⁾ さらに、Gonzales 判決では例外規定がなくともそれが女性にとり実質的な障害でなければ不当な負担に該当しないとしており¹⁰²⁾ 例外規定を欠くために違憲とする従来の法理を変更したものと批判されている¹⁰³⁾

4-2 不当な負担テストに対する肯定的評価

他方で、不当な負担テストは女性のプライバシー権の保障に際して一定の役割を果たしてきたと評価する学説も有力である¹⁰⁴⁾ 以下で検討する学説は、判例の採用する不当な負担テストに対して一定の評価をしつつ、不当な負担テストの意義、機能について踏み込んだ検討を行う点で注目される。

Lucy Hill Hill は、不当な負担テストが判例の立場となったことで中絶を妨害することを目的とする規制が行えなくなったことを評価する¹⁰⁵⁾ 特に、表向きは政府が胎児の生命保護と称して実際には道徳的観点に基づく規制は不可能になったという¹⁰⁶⁾ Hill によれば、不当な負担テストは決して一貫性を欠くテストではなく、道徳的観点に基づく規制を一貫して違憲としているという¹⁰⁷⁾ 例

100) Reva Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Women Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. ILL. L. REV. 991, 993 (2007).

101) Gonzales, 550 U. S. at 1641-53 (Ginsberg, J., dissenting).

102) Khiara, *supra* nota 95, at 923.

103) 根本猛「人工妊娠中絶規制の新判例：Gonzales v. Carhart, 550 U. S. 124 (2007)」法政研究 13 卷 2 号 (2008 年) 169 頁。

104) Bridges Khiara, “Life” in the Balance”: *Judicial Review of Abortion Regulations*, 46 U. C. DAVIS L. REV. 1285, 1307 (2013).

105) Lucy Hill, *Seeking Liberty’s Refuge: Analyzing Legislative Purpose Under Casey’s Undue Burden Standard*, 81 FORDHAM L. REV. 365, 385 (2013).

106) *Id.* at 391.

えば、配偶者の同意要件は女性を夫に従属させることを意味し、これは明らかに古いステレオタイプに基づく規制である¹⁰⁸⁾ Hillによれば、不当な負担テストにおいて重視されているのは立法の目的がどのようなものであるかである¹⁰⁹⁾ (不当な負担テストのもとでの目的審査は Carhart 判決において明らかにされた)¹¹⁰⁾ 特に、Casey 判決以降、連邦最高裁の判例を無視するような中絶を妨害する立法が次々と誕生しており、この問題に対処するには立法目的に対する審査が不可欠となる¹¹¹⁾ 不当な負担テストのもとでの目的審査は、国教樹立条項のもとで立法目的が宗教的かどうかを問う審査と同様に、問題となっている中絶規制が正当な政府利益とは関連しない道徳的観念に基づくかどうかを問うものである¹¹²⁾ そして、立法目的を問うには合理性の基準ではなく、厳格度を高められた審査が必要であるという。ところが、連邦最高裁が Gonzales 判決において単に正当な政府利益に基づく立法目的を合憲としていることを批判する¹¹³⁾

Lauren Paulk Paulk は Hill と同様に不当な負担テストの果たしてきた役割を評価する¹¹⁴⁾ Paulk によれば、Stenberg 判決において連邦最高裁は Casey 判決の趣旨を受け継ぎ、問題となった州法には例外規定が欠如していたことのみならず、部分出産に基づく中絶に関する定義は一般的に用いられている中絶方法まで禁止するものであり、州法を違憲としたことは不当な負担テストの興味深い適用であったとする¹¹⁵⁾ 他方で、Paulk は不当な負担テストが一貫していないことを批判し¹¹⁶⁾ 厳格度を高めた不当な負担テストこそが本来の不当な負担テ

107) Id. at 391-92.

108) Id. at 383.

109) See Id. at 401.

110) 小竹聡「2003年連邦『一部出生中絶』禁止法の合憲性—Gonzales v. Carhart, 127 S. Ct. 1610 (2007)—」比較法学 42 卷 2 号 (2009 年) 304 頁。

111) Id. at 401-02.

112) Id. at 402.

113) See Id. at 402-03.

114) Paulk, *supra* note 75, at 80.

115) Id. at 81.

116) Id. at 109.

ストであるという¹¹⁷⁾特に、下級審では、目的審査において厳格度を高めた審査が適用されているという¹¹⁸⁾そして、この厳格度を高めた審査は以下のような構成で成立するものであるという。目的審査において重要なのは立法目的に隠された目的が存在するかどうかの審査であり、それは事例証拠 (anecdotal evidence) に基づき特定することが可能であるとする¹¹⁹⁾そして、効果の審査では、当該規制が女性の権利に対してどのような効果が及ぶかを測定する¹²⁰⁾ Paulk によれば、今後、不当な負担テストを裁判所がどのように適用するのかは不明確であるものの、中絶を妨げる立法が制定されている中であっては、厳格度を高めた不当な負担テストを適用すべきであるという¹²¹⁾

Valerie Pace 学説の中には、判例の採用する不当な負担テストは支持できないとしつつ、プライバシー権のような基本的権利保護のために不当な負担テストを再構築する動きも見られる。それが Pace の見解である。Pace によれば、不当な負担テストは広汎な中絶規制を許容し¹²²⁾しかも、不当な負担テストは厳格審査を適用しない口実を作り支持できないとする¹²³⁾そこで、Pace は不当な負担テストを以下のような形で再構築を行う。

まず、不当な負担テストの射程である¹²⁴⁾連邦最高裁はこの不当な負担テストを中絶の権利のような基本的権利の領域においてのみ適用しているが、不当な負担テストの射程より広く基本的権利の領域に限定されず適用されないという¹²⁵⁾不当な負担テストの役割は、憲法上許容されない道徳目的に基づいて制定された中絶規制を排除することにあるといえよう¹²⁶⁾次に、不当な負担テストに

117) Id. at 85.

118) Id. at 103.

119) Id. at 103-04.

120) Id. at 104.

121) Id. at 109.

122) 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, 310 (1995).

123) Id. at 312.

124) Id.

125) Id. at 312-13.

126) Id. at 314.

における目的審査の機能についてである¹²⁷⁾。この目的審査において問われるのは、立法者の動機である。立法者の動機については主観的動機と客観的動機の2種類存在するが、ここで問題となるのは客観的動機である¹²⁸⁾。時として、立法者は人種やジェンダーバイアスに基づいて立法を行うことがある。中絶規制において問題となるのは道德に基づく立法目的である。そもそも、政府が個人に道德を押し付けることは許容されないために道德的立法はやむにやまれぬ政府利益としてカウントされない¹²⁹⁾。そして、当該規制が道德的に中立であるかどうかを判断するために、立法の有する社会的意味 (social meaning) である¹³⁰⁾。当該立法が社会に対して中絶が道德的に不適切であるというメッセージを発する場合には違憲の動機が疑われることになる¹³¹⁾。Paceが提唱する不当な負担テストの主眼は、問題となっている立法が道德的視点の混入していない中立的立法であるかどうかを問うことにある¹³²⁾。この不当な負担テストを適用すれば、例えば、Casey判決において合憲とされた24時間の待機義務は道德的観点から中絶を承認しないという政府の要求を反映させるものであるために、違憲になる¹³³⁾。

5 本判決における法廷意見の枠組み —不当な負担テストの適用の在り方の変化

法廷意見の最大の特徴は、不当な負担テストを厳格に適用し、特権の獲得の義務付け、ASCの水準充足の義務付けの双方の規定を文面上違憲としたことである。以下では、法廷意見における不当な負担テストの適用の在り方、特色

127) Id. 315.

128) Id. at 317-18.

129) Id. at 316.

130) Id. at 318.

131) Id. at 319.

132) Id.

133) Id. at 323.

を検討する。

5-1 文面審査の在り方

本件に関して、法廷意見は文面審査を行っている。ただ、文面審査ではあるものの、立法事実の審査が伴っている点が注目される。そもそも、文面審査といっても、その審査の在り方は必ずしも一様ではない¹³⁴⁾文面審査については、法律が執行前の文面審査と執行後の文面審査が区別され、前者が法律の文面のみに焦点を当てるといいうわば純粋な文面審査であり、後者は立法事実の審査を伴う文面審査であるとされている¹³⁵⁾この点について、法廷意見は、執行後の適用上の異議申し立てと執行前の文面上の請求を区別し、本件における請求は請求排除効により遮断されないとする¹³⁶⁾この執行後の文面審査は法律が適用されるあらゆる局面において違憲かどうかを問うものであり¹³⁷⁾本件の場合にはすべての中絶に対して行われる規制であって、合憲的に適用される余地がないために（あらゆる適用上違憲となるために）、法廷意見は州法の規定を文面上違憲にしたものと思われる。

134) なお、日本において、文面審査の理解について合意形成は存在していない。通常、文面審査では立法事実の審査とは対立する審査として理解されている。高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）192頁。これに対して、文面審査においても法律それ自体の合憲性は問題となる以上立法事実の審査が含まれるとする見解もある。市川正人「違憲審査権の行使(2)」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）276頁、同「文面審査と適用審査・再考」立命館法学5・6号（2008年）23頁。

135) See Catherine Gage O'Grady, *The Role of Speculation in Facial Challenges*, 53 ARIZ. L. REV. 867, 879 (2011).

136) 請求排除効について、判例は、状況の変化、憲法上の疑義、最初の訴訟において公正な機会が欠如した場合、当事者以外へのインパクトが考慮される場合には適用されないとする考えを採用しているとされている。Monica Renee Brownell, *Note, Rethinking the Restatement View (Again!): Multiple Independent Holdings and the Doctrine of Issue Preclusion*, 37 VAL. U. L. REV. 879, 887-88 (2003)。特に、憲法との関係では、最初の訴訟の判決を維持することが憲法上公正さを欠く場合には後の訴訟は請求排除効により遮断されないとする。また、川嶋隆憲「アメリカ民事訴訟法における *res judicata*：請求排除効と争点排除効に関する基礎的考察」法学研究 85 卷 10 号（2012年）96頁。

137) Id. at 879-80.

5-2 不当な負担テストの具体的適用

中絶へのアクセスと不当な負担 不当な負担は中絶を行おうとする女性に対して障害を課すものかどうかを審査するものであったが、当然、そこには中絶へのアクセスの問題も含まれるとされてきた¹³⁸⁾ 実際、法廷意見も Casey 判決において提示された不当な負担テストはアクセスの問題を含んでいるとする。

特権の獲得の義務付け、ASC の水準充足の義務付けと不当な負担 不当な負担テストの具体的な適用についてである。

まず、特権の獲得の義務付けについてである。法廷意見は、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。特権の獲得の義務と女性の健康保護の関連という州法の目的ないし政府利益についてであるが、特権獲得の義務付けの正当化に際して女性の健康保護が挙げられてきた。より具体的には、州は患者に対する継続的ケアの必要性、医師が患者を放棄することを防止することである。しかし、特権獲得の義務付けと患者に対する継続的ケアには何ら関連しないとされてきた。そもそも、中絶に際して病院でケアが必要となるような稀なケースであり、病院側も宗教上の理由からこの特権獲得の義務付けが拡大することを拒絶している¹³⁹⁾ そのために、特権獲得の義務付けの必要性を見出す証拠を見出すことはできないとされてきたのである¹⁴⁰⁾ 法廷意見も同様の見方をし、特権の獲得の義務付けと健康保護との関連性は見出せないとしている。また、州法の効果として、中絶施設を閉鎖に追い込むということ、そして、それに伴い女性の移動距離が増加するという点について（この点は特権の獲得の義務付けが及ぼす効果である¹⁴¹⁾）、従来では、こうした事柄（特に、女性の移動距離の増加）は不当な負担にならないとされてきたが、これに

138) Metzger, *supra* note 74, at 2031.

139) Linda Greenhouse & Reva Siegel, *Casey and the Clinic Closings: When 'Protecting Health' Obstructs Choice*, 125 YALE L. J. 1428, 1457 (2016).

140) *Id.* at 1461.

141) Jennifer Hendricks, *Undue Burdens in Texas*, 127 HARV. L. REV. 145 (2014).

は批判が多かった。女性の移動距離を増加させることは女性に対して多大の負担を負わせることを意味し、それにより女性の中絶へのアクセスに対しての不当な負担を課すものであり、¹⁴²⁾ 不当な負担に該当するかどうかの審査に際してはそのことを考慮すべきとされてきた。¹⁴³⁾ 法廷意見も、特権獲得の義務付けは中絶施設を提供する側にも不当な負担になるとし、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、¹⁴⁴⁾ 女性の移動距離の増加が不当な負担に該当するとしており、学説の批判に応答する形となっているといえよう。

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。そもそも、医学上不要な規制は不当な負担に該当するという見方が有力であり、¹⁴⁵⁾ しかも、この規制の意図は中絶施設を閉鎖に追い込むのが目的であり、不当な負担テストのもとでは許容されない目的である。¹⁴⁶⁾ そのために、法廷意見が、こうした中絶規制を不当な負担に該当するとしたことは妥当であるといえよう。

審査のレベル 最後に、不当な負担テスト審査のレベルについてである。これまで審査のレベルについては、緩やかに適用されていることが批判されてきた。¹⁴⁷⁾ 確かに、Casey 判決も合理性の基準に言及しているが、¹⁴⁸⁾ だからといって不当な負担テストは必ずしも合理性の基準と結合するのではない。¹⁴⁹⁾ 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。¹⁵⁰⁾ Casey 判決以降、一貫して正当な政

142) Young, *supra* note 1, at 968.

143) Hendricks, *supra* note 141, at 147.

144) Casey, 505 U. S., at 885-87.

145) Greenhouse & Reva Siegel, *supra* note 139, at 1447.

146) Id. at 1474.

147) Hendricks, *supra* note 141, at 146.

148) Greenhouse & Reva Siegel, *supra* note 139, at 1457.

149) Id. at 1467.

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¹⁵¹⁾ 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はなくカテゴリーカルに違憲となる¹⁵²⁾ このように、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¹⁵³⁾ 法廷意見はこうした主張に沿っている。法廷意見は不当な負担テストと合理性の基準を結合させていない。法廷意見は、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、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ていることから、審査レベルを引き上げていることは明らかであろう。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¹⁵⁴⁾ その射程はかなり限定され、しかも、緩やかな審査として理解されていた¹⁵⁵⁾ ところが、法廷意見における不当な負担テストは、当初想定された不当な負担テストの射程を超えて厳格な審査として機能しており、その意味で、その適用の在り方は Casey 判決から離脱し大きく変化したといえよう。

150) Id. at 1467-68.

151) Hill, *supra* note 105, at 404

152) See Id. at 403

153) Id.

154) Metzger, *supra* note 74, at 2036.

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

6 む す び

2007年の *Gonzales* 判決以降、本件では9年ぶりに連邦最高裁が中絶規制に関する重要な事案を判断することになった。*Scalia* 裁判官の死去（2016年2月13日に死去）に伴い8人の裁判官で本件を判断することになりその結果は予断を許さないものであったが、結果として、5対3の違憲判決であった。本判決により、不当な負担テストが判例の立場¹⁵⁶⁾ になっていることが改めて確認された。ただ、不当な負担テストの適用の在り方については、大きな変化が見られた。それは、従来の判例と異なり審査のレベルが厳格なものになったということである。その結果、本判決では、不当な負担テストをかいぐろうとする州法の規定をことごとく違憲（あらゆる適用上違憲となるという意味での文面上違憲）とし、TRAP法に基づく中絶規制に対して厳格な歯止めをかけている。しかし、その一方で、不当な負担テストに対する反対意見（*Thomas* 裁判官の反対意見）も根強いことが明確になり、不当な負担テストをめぐる対立は極めて鮮明なものとなっている。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。

156) Paulk, *supra* note 75, at 81.