

Roe判決とバックラッシュ・テーゼ（2・完）

黒澤 修一郎

目次

はじめに

1. Roe判決とDoe判決
2. バックラッシュ・テーゼの概要
3. バックラッシュ・テーゼの再検討①—Roe判決以前の歴史〈以上, 61巻1・2号〉
4. バックラッシュ・テーゼの再検討②—Roe判決以後の歴史〈以下, 本号〉
5. 若干の考察

おわりに

4. バックラッシュ・テーゼの再検討②—Roe判決以後の歴史

本節においては、1973年のRoe判決から1992年のCasey判決までの時期を考察の対象としたい。

バックラッシュ・テーゼの説明によれば、この時代は、Roe判決に対する批判が高まりを見せた結果をして、中絶をめぐる政治のエスカレートと分極化が進行した時代として位置づけられる。州法による中絶規制の制定はRoe判決の以後にあっては止むことがなく、また連邦レベルの政治も1980年のレーガンの大統領選挙勝利に象徴されるように保守化していった。そして連邦最高裁も、1992年のCasey判決において、Roe判決の判例法理を修正し、不当な負担テストという柔軟な判断基準を用いるようになった。

かような歴史の概略的理解は、それ自体として必ずしも誤りではない。し

かし以下にて論じるように、中絶をめぐる政治のエスカレートと分極化は、Roe判決を契機として急激に進行したのではないと言うべきである。むしろそれは長期的で緩やかな現象であり、さらにその進行には複合的な要因が影響を与えている。それゆえその変動のありようを理解するためには、分析枠組みとして長期的なタイムスパンをとり、さらに裁判所以外の複合的なアクターによる行為の蓄積と織り重なりに着目することが重要である（以下では、連邦議会、大統領、司法省、政党、世論、社会運動勢力、州政府、そして裁判所の動向を取りあげる）。本稿の狙いは、Roe判決がアメリカの法と政治にもたらしたものを、かような視角から再考察するということにほかならない。以下では法学・政治学・歴史学の先行研究に依拠しながら、学説においてこの点がどのように論じられているのかについて概観を加えたい。

（1）連邦議会—憲法修正と連邦法の動向

まずRoe判決以後の連邦レベルの政治の動向を概観したい。要点は次の通りである。第1に、連邦議会においてはRoe判決を覆そうとする憲法修正案が続々と提出されたが、最終的にはすべて実現しなかった。第2に、連邦法の制定を通じて中絶規制を導入しようとする試みはいくつか成功を収めたが、しかしその実際上の効果は小さなものであった。

①憲法修正

Roe判決が下るやいなや、連邦議会では同判決を覆す趣旨の憲法修正案が矢継ぎ早に提出され、その数は1974年初頭の時点で58にもものぼった。そのうち最も数多く提出されたのは、中絶問題の法的取り扱いに関して州政府の広範な裁量を認める州権修正案（States' Rights Amendment）であった。しかし実際に連邦議会における審議に付されたのは、胎児の権利に実体的な保障を与えようとする人間の生命修正案（Human Life Amendment）であった。その代表例としては、ジェシー・ヘルムズ（Jesse Helms）上院議員（共

和党、ノースカロライナ州）による提出案—すべての人間は受胎の瞬間から個人としてみなされ、さらに生命への権利（right to life）を有すると規定していた—、ジェームズ・バックリー（James Buckley）上院議員（ニューヨーク州保守党、ニューヨーク州）による提出案—第5修正および第14修正の「個人（person）」の概念は、「あらゆる生物学的発達状態における出生前の子孫を含んだすべての人間」を指すと規定していた—などが挙げられる。これらの修正案はいずれも上院において提出され、その後バーチ・バイ（Birch Bayh）上院議員（民主党、インディアナ州）を委員長とする上院司法小委員会（Senate Judiciary Subcommittee）に付託され、そして1974年から75年にかけてこれらの修正案に関する公聴会が行われた。しかしながら、この公聴会において登壇したカトリック司教や一部のプロライフ運動団体の強硬な姿勢は、多くの上院議員の反発を招く結果となり⁸⁷、1975年9月、同小委員会はいずれの修正案に関しても本会議に報告を行うことを断念した。なおその後ヘルムズは憲法修正案を委員会をバイパスして本会議へ持ち込んだが、しかし1976年4月、上院はこれに関する審議を棚上げにすることを決定している。⁸⁸

そしてその後には、憲法修正案の提出それ自体は数多くなされたものの、実際の審議に付されることがない状態が続いた。しかしオリン・ハッチ（Orrin Hatch）上院議員（共和党、ユタ州）が提出した修正案は、ハッ

87 See EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 357（「当該憲法修正案については『小さな成功の見込み』しかない」と指摘されていたが…、プロライフ勢力はことごとく誤りを犯し、政治的問題をより悪化させた。例えばNRLCは『中絶後の胎児の毒々しい写真をしばしば拡大させて』配布したが、それが『彼（女）らの主張に同調的であった可能性がある議員たちを遠ざけてしまった』ことは明らかである…。同様にカトリック教会も、証言のために合衆国カトリック会議（U.S. Catholic Conference）の議長と3人の枢機脚を送るという『先例のない』作戦を実行した。しかしそれが悪手であったということは、衆目の一致するところである。彼（女）らの妥協を拒む態度（中絶の完全な禁止という主張から一歩も引き下がらなかった）は、多くの上院議員たちに不信任を与えた…。」）。

88 See e.g., EVA R. RUBIN, ABORTION, POLITICS AND THE COURTS 152-57 (Revised ed., 1987) ; EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 356-57; GARROW, *supra* note 53, at 618-20; MARY ZIEGLER, AFTER ROE 41-42, 53 (2015) (hereinafter cited as ZIEGLER [2015]) ; 荻野・前掲注9・91-94頁

チ自身が委員長を務める小委員会を通過した後、1982年3月に上院司法委員会を10対7の評決で通過し、上院本会議における審議に到達した。その修正案の内容は、連邦議会および州議会は中絶を禁止しないしは規制する権限を有するが、ただし州法が連邦法よりも制限的な規制を置いている場合は州法が優位すると規定するものであった。しかしこのハッチ修正案は反対派議員によるフィリバスターに遭い、同年9月、ハッチは当該修正案を取り下げた。なおその後、トーマス・イーグルトン（Thomas Eagleton）上院議員（民主党、ミズーリ州）の提案により、ハッチ修正案の冒頭の一文のみを残したものの「中絶の権利は憲法によって保障されていない」とのみ規定していた一が提出されたが、しかし1983年6月、上院は49対50の評決でこの修正案を否決した。⁸⁹

なお憲法修正に関連して、憲法会議（constitutional convention）の召集を求める動きについてもここで言及しておきたい。合衆国憲法第5編のなかには、「各州のうち3分の2の立法府の申請が存在する場合には、修正発議を目的とする憲法会議を召集しなければならない」という条項がある。この憲法会議の召集とそれによる発議のプロセスは、連邦議会をバイパスした憲法修正手続の開始を可能とするものである。かような憲法会議の召集を目指す動きが、プロライフ勢力の間にも存在したのであり、1977年に9州がこれに賛同し、さらにその後の2年間で5州がこれに加わるという状況にあった。しかしながら、1984年の時点でこれに賛同する州は19にとどまり（34が必要）、結局のところ実現は叶わなかった⁹⁰。なお実際に憲法会議が召集された例は未だ存在せず、現在まで実現したすべての憲法修正が連邦議会を経由した発議に基づくものである。

89 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 157-58; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 137-47; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 84-89; 石井 [1983-85]・前掲注11・(1) 117-18頁。

90 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 158-59; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 78-79.

②連邦法

次に連邦議会が制定した法律の動向を扱いたい。Roe判決以後の連邦議会は、中絶に対して制限的な内容を有するいくつかの連邦法を制定することに成功した⁹¹。ごく概略的にはあるがここでその具体例を挙げれば、まず1970年代前半にあっては、中絶後の胎児を使用した研究（fetal research）を一時的に差し止めるモラトリアム条項、対外援助における中絶のための公的資金支出禁止を定める条項、医師や病院に中絶手術の拒否権を保障する良心条項（conscience clause）、貧困層に対する法的サービス助成プログラムにおける中絶関連事項の除外などが実現した。また1976年にはハイド修正（Hyde Amendment）が成立し、低所得者向けの公的医療保険であるメディケイドを通じた医療費助成が中絶に対して禁じられた⁹²。そしてその後には、連邦議会は公的資金助成制限を歳月とともに厳格化させていった⁹³。また1981年に制定されたAFLA（Adolescent Family Life Act—青少年家族生活法）は、中絶に関与する団体への公的資金助成を禁止するとともに、ティーンエイジャーに対して禁欲を提唱し、彼（女）らを対象としたカ

91 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 159-79; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 109-55, 187-91; NEAL DEVINS, SHAPING CONSTITUTIONAL VALUES 78-89 (1996); 荻野・前掲注9・94頁。

92 ヘンリー・ハイド（Henry Hyde）下院議員（共和党、イリノイ州）によって主導された当該規定は、保健教育福祉省の歳出予算法のライダー（rider—付加条項）として制定された。法案に対しては上院が難色を示したものの、2度にわたって組織された両院協議会を通じて妥協案が形成され（母親の生命が危険な状態にある場合の適用除外について明記された）、1976年にハイド修正は連邦議会を通過する。なお連邦最高裁は1980年のHarris v. McRae, 448 U.S. 297において、ハイド修正に合憲判断を下している（ただし評決は5対4であった）。See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 163-75; GARROW, *supra* note 53, at 626-36.

93 1977年には、（a）母親の生命が危機的な状況にある場合、（b）レイプや近親相姦による妊娠の場合、（c）妊娠の継続が母親に深刻で長期的な身体的損傷を与えると2名の医師が判断する場合を例外として、中絶への公的資金助成が禁止された。しかし1979年には（c）の場合における例外扱いが撤廃され、さらに1981年には（b）の場合における例外扱いが撤廃された（なお1993年に（b）の場合における例外扱いが再び認められた）。See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 165-79; TRIBE, *supra* note 56, at 151-59; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 119-32; DEVINS, *supra* note 91, at 80-82.

ウンセリングにおける宗教団体の関与について規定するという保守主義色の強いものであった⁹⁴。

かようにRoe判決以後の連邦議会は、とりわけ公的資金助成の禁止や福祉プログラムの縮減といった形で、中絶に対して制限的な内容を有する法律を実現させた。しかしながらここで同時に指摘すべきは、連邦議会は中絶の権利それ自体を縮減させる内容を有する法律の制定には成功しなかったという点である。例えば1981年1月にヘルムズ上院議員によって提出された人間の生命法案（Human Life Bill）は、胎児を第14修正上の権利主体性を有する「個人」として位置づけ、さらに中絶制限的な州法が争われた訴訟に関する連邦下級裁判所の管轄権を否定する（ただし連邦最高裁の管轄権については肯定する）という内容を有していた。つまり同法案は、通常の連邦法を通じてRoe判決を覆すことを試みるものであった。しかしこれに対しては、同年4月の上院司法小委員会において開かれた公聴会において、前法務総裁や前訟務長官をはじめとする多くの識者からその違憲性を指摘する声が寄せられた。その後ヘルムズ法案は小委員会を通過したものの、しかしその後上院本会議においてフィリバスターを受け、最終的には不成立に終わっている。⁹⁵

さらにジェラルド・ローゼンバーグ（Gerald Rosenberg）が述べるところ、上記の実際に制定された各種の連邦法は、合衆国内における中絶件数を低下させる効果をほとんど有しなかった⁹⁶。なお、「制定された反中絶立法のうちの唯一のシリアスな一片」⁹⁷と呼ぶべきはハイド修正であり、連邦政府による公的資金助成制限は、貧困層の中絶に大きなインパクトを与えたとはしばしば指摘される。確かにハイド修正は、連邦政府による中絶手術への公的資金助成の件数を劇的に減少させた—1976年以前の時点で250,000件だった連邦レベルの資金助成は、1978年の時点で2,421件に低下した—。しかしロー

94 なお連邦最高裁はBowen v. Kendrick, 487 U.S. 589 (1988)においてAFLAに合憲判断を下している。

95 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 159-61; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 139-46; GARROW, *supra* note 53, at 638-90.

96 See ROSENBERG, *supra* note 58, at 186.

97 *Id.* at 187.

ゼンバークによれば、ハイド修正の施行以前に連邦による公的資金助成を受けていた女性の94%は、それ以後にあっても州あるいはそれ以外の機関からの資金助成を受けることが可能であったのであり、それゆえにハイド修正の施行後も合衆国内の中絶件数は低下しなかった⁹⁸。かくしてローゼンバークが評するところ、「…連邦議会は、中絶に関して、言葉においては敵対的だったが、しかし行為においては慎重だった」⁹⁹。

（2）大統領一選挙の蓄積を通じた争点化

次に大統領の動向に目を向けたい。ポイントは次の2点である。第1に、1970年代前半までの大統領は、連邦政治における中絶の争点化を回避しようとしていた。しかし第2に、1976年以降にあつては、大統領選挙の蓄積を通じて、中絶の争点化が漸次的に進行していった。

前述（3（3）③）のように、1972年の大統領選挙においては、中絶を争点化させようとする動きが共和党内部に存在した。しかしこの選挙において中絶は最終的には争点として浮上せず、両党の党綱領も中絶に関して一切言及することがなかった。そして1973年にRoe判決が下されてからほどなくして、大統領のニクソンは、補佐官に対してこの判決に「立ち入るな（keep out）」と指示した¹⁰⁰。実にニクソンはRoe判決に対して否定的な態度を顕わにすることがなく、また上記の憲法修正案や連邦法に関してもほとんどステ

98 *Ibid.*

99 *Ibid.* なおローゼンバークによれば、合衆国における合法的中絶の件数はRoe判決以前から増加し、1972年には586,800件に達していたが（前述、3（2））、かような増加傾向はRoe判決以後にあつても継続し、1980年には1,553,900件に達し、1985年には1,588,600件を記録している（*See Id.* at 180）。それではなぜRoe判決に対する政治的バックラッシュは、中絶の件数を実際に低下させなかったのだろうか？この点につきローゼンバークは、中絶手術を各地で廉価に実施したクリニックが果たした役割が大きいと指摘している。つまりRoe判決を実現するためのメカニズムが市場に存在していたのであり、この点がバックラッシュによってその実現が停滞したBrown判決と対照をなすとされる（*See Id.* at 195-201）。

100 *See e.g.,* DEAN J. KOTLOWSKI, NIXON' S CIVIL RIGHTS 252 (2002)

トメントを発しなかった。かようなニクソンの態度は、中絶などの社会的争点に関して、イデオロギー的見地ではなく政局的見地から態度決定を行ったものと指摘されている¹⁰¹。

その後、ウォーターゲート・スキャンダルの発覚とともに、1974年8月にニクソンは辞任を余儀なくされる。そしてその後を継いだジェラルド・フォード（Gerald Ford）は、連邦下院議員であった時期にあつてはRoe判決を覆す内容の憲法修正案を支持していたものの、しかし大統領就任後は、中絶に関する積極的な態度表明を回避した一少なくとも1976年大統領選挙まではそうであった。実にファースト・レディのベティ・フォード（Betty Ford）や、副大統領のネルソン・ロックフェラー（元ニューヨーク州知事、前述3（3）①）は、いずれも中絶の権利の支持者であった。¹⁰²

しかし1976年の大統領選挙において、中絶は「眠れる争点（*sleeper issue*）」と呼ばれた。すなわち、多くの候補者は、党大会に向けた候補者選出過程の段階において、この問題に関する積極的な態度表明を行ったのである¹⁰³。例えば現職のフォードは、望みどおりの中絶（*abortion on demand*）に対しては否定的な態度を示すと同時に、州権を尊重する憲法修正案への支持を表明した。これに対して、共和党内の対抗馬であったロナルド・レーガン（Ronald Reagan）は、生命への権利を保障する憲法修正案への支持を表明した。結果としてフォードが党大会において共和党候補者として選出されたが、しかし共和党綱領には、「出生前の子どもの生命への権利の保護を回復するための憲法修正の実現を目指す者を支持する」と記載された。他方、民主党の候補者選出過程においては、プロライフのシングル・イシュー候補者としてエレン・マコーマック（Ellen McCormack）が登場した。さらに民主党綱領には、「この分野における連邦最高裁判決を覆すための合衆国憲

101 MCMAHON *supra* note 80, at 177-79; 見平 [2012]・前掲注8・107頁

102 See Greenhouse & Siegel, *supra* note 73, at 2059; DANIEL K. WILLIAMS, GOD' S OWN PARTY 129 (2010) .

103 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 95-107; TRIBE, *supra* note 56, at 147-50; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 159-64; RAYMOND TATALOVICH, THE POLITICS OF ABORTION IN THE UNITED STATES AND CANADA 154-55 (1997) .

法修正の試みは望ましからざるものである」と記載された。なお最終的な大統領選挙にあっては、民主党のジミー・カーター（Jimmy Carter）¹⁰⁴が僅差でフォードを破ったが、中絶問題は実際の票の行方にさしたる影響を与えなかったと分析されている¹⁰⁵。しかしかようないきさつを通じて、レーガンはプロライフ陣営の旗手としての地位を獲得していったのである。

そして1980年の大統領選挙において、共和党候補者となったレーガンはプロライフ強硬路線を鮮明にし、さらにRoe判決を「ウォーターゲートの犯罪」や「キャピトル・ヒルにおける増収賄」に匹敵する「悪しき権力濫用」と辛辣に批判した。さらに共和党綱領には、憲法修正および公的資金助成制限への支持とともに、「伝統的な家族観および無垢な人間の生命の聖性を尊重する裁判官を、あらゆるレベルの司法府において指名する」と記載された。他方、民主党は現職のカーターを候補者として選出したが、党綱領には「民主党は中絶に関する1973年の連邦最高裁判決を国土の法として支持するとともに、同判決を覆すあるいは制限するためのいかなる試みにも反対する」と記載された。結果はレーガンの地滑りの勝利に終わり、また上院においても26年ぶりに共和党が過半数を制した（ただし下院にあっては、1994年中間選挙まで民主党が多数党の地位を譲ることがなかった。また1980年選挙によって形成された上院の共和党多数派も、1986年中間選挙までしか継続しなかった）。なおそれ以後の1984年、1988年、そして1992年の大統領選挙に

104 なお中絶に関するカーターのスタンスは曖昧さを残すものであった。1976年10月の候補者討論会において、カーターは「私は中絶に強く反対する。私は中絶は間違いであると考えて、私は政府が中絶を何らかの形で推奨すべきであるとは考えない。しかし私はこの問題に関する憲法修正も好まない」と言及した。他方、8月にカトリック司教と会合をもった際には、カーターは自分は憲法修正に必ずしも否定的ではないと伝えていた。See e.g. CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 160; TATALOVICH, *supra* note 103, at 154; 見平 [2012]・前掲注8・107頁。

105 See TATALOVICH, *supra* note 103, at 159（「…研究データが示すところによれば、この年にあっては、中絶に関する態度と候補者選択の間に統計的な連関は存在しない。ニューヨーク・タイムズとCBSニュースによる9月の調査によれば、中絶を禁止する憲法修正を支持する人々の47%がカーターへの投票を予定していた一方で、カーターは当該憲法修正に反対する人々の45%の支持も集めていた。…[中絶という争点は]ほとんど重要ではなかった。選挙後の調査において中絶を重要であると回答したのは、0.1%にも満たない人々のみであった。」）。

あっても、共和党は綱領のなかでプロライフのスタンスを一貫して表明し、民主党綱領もリプロダクションの権利の保護に継続的に言及するようになった。¹⁰⁶

かように中絶問題は大統領選挙における争点のひとつとして、二大政党によって次第に掲げられるようになっていった。ただし政治学の研究によれば、上記の両党の党綱領は、実際の有権者の選好よりも極端にイデオロギー的であると分析されている¹⁰⁷。また実際の選挙において、有権者が中絶というイシューをとりわけ重要視して投票行動をとっているわけでもない。実に1980年大統領選挙においても、中絶は最終的な選挙結果に主要な影響を与えなかったと分析されており¹⁰⁸、それ以後の大統領選挙においても、中絶

106 See e.g., CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 166-68; TATALOVICH, *supra* note 103, at 155-58.

107 See SCOTT H. AINSWORTH & THAD E. HALL, ABORTION POLITICS IN CONGRESS 60 (2011) (「…それぞれの党綱領は、それぞれの政党の中間的なメンバーの理想点よりも、きわめて極端である。中絶に関しては、政党内のヒエラルヒーが政策の展開を誘導しており、一般の構成員は重視されていないと考えられる。」。Also see TATALOVICH, *supra* note 103, at 151 (「1975年から1988年までのギャロップ社の世論調査は…、共和党員と民主党員の間で中絶に関する自己認識が大きく異なるわけではないことを示している。…共和党にあっては民主党にあっては、党内の多数派が常に支持しているのは、一定の条件（明確ではないものの）の下においては中絶が正当化されるという穏健な見解である。…共和党によるプロライフへの固執の原因を一般の政党内に求めることはできない。むしろ実際には、党は一般構成員を正しく代表していないのである。」)。

108 See e.g., TATALOVICH, *supra* note 103, at 159-61 (「1980年までには変化が始まっていた。ニューヨーク・タイムズとCBSニュースの世論調査によれば、17%の人々が、当該選挙において最も重要な3つのイシューのひとつに中絶を挙げていた…。しかしながら、…レーガンとカーターの支持者は『中絶をめぐる分裂しておらず、中絶というイシューが多くの有権者にとって重要なものであったとは言いがたい…。』…共和党のロナルド・レーガンは、プロライフの保守派であったが、有権者によって示された中絶に関する見解にかかわらず、多数派の票を集めた」)。Also see EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 232 (「…中絶というイシューが…議会選挙の結果に主要なインパクトを有していたと結論づける研究者はほとんどいない。…レーガンの地滑りの勝利はプロライフ勢力の功績なのか？研究者のコンセンサスは明白な『ノー』である。専門家によれば、最も重要な事実は、人々は『業績投票 (retrospective voting)』を行ったということである。つまり彼(女)らはカーターの業績—特に経済と外交(イラン人質問題など)に関する彼の対応—に満足しなかったのであり、それゆえ彼を現職から引き降ろすために投票したのである。」)。

と有権者の投票行動との連関はおおむね希薄であるとされる¹⁰⁹。さらに当時にあっては連邦最高裁が中絶の権利に保護を与えていたがゆえに、とりわけエリート層のプロチョイスの有権者にとっては、実際の選挙において中絶という争点を重視せず、むしろ減税を公約していたレーガンやブッシュに投票する傾向にあったとも指摘されている—つまりプロチョイスの有権者は、社会的争点に関するリベラルな態度と経済的争点に関する保守的な態度の間で引き裂かれることを強いられなかった—¹¹⁰。それゆえこの時期の選挙において、中絶という争点が決定的な重みを持ったというわけではない。しかし次に述べるように、大統領選挙における中絶の争点化は、二大政党間の分極化が進行してゆくに際しての重要な契機を提供したと考えられる。

（3）政党—政党間分極化の進行とその経緯

次に政党の変化を取りあげたい。ポイントは次の2点である。第1に、1970年代末以降にあっては、中絶問題に関する連邦議会議員の行動が党派

109 See e.g., TATALOVICH, *supra* note 103, at 163 (「…中絶に関する態度は、1992年を除いて、候補者選択に何らインパクトを与えていない。そしてクリントン対ブッシュ対ペローの対決にあっても、中絶に関する態度は、候補者のイメージや政党、そして現職の人気に比して、はるかに重要性が低い。総じて言えば、調査結果がきわめて明らかに示していることは、有権者は大統領候補者のいずれかを中絶というシングル・イシューの観点から選択しているわけではないということである。」)。

110 See MARK A. GRABER, *RETHINKING ABORTION* 126 (1996) (「Roe判決がプロチョイス運動の力を相対的に減少させた理由は、プロライフ運動を刺激したことに加えて、中絶の権利に保護を与えた司法的判断が、リプロダクションの自由の潜在的支持者を脱決集 (demobilize) させたことにある。…リプロダクションの権利の潜在的支持者の多くは、乏しい政治的資源をプロライフ運動の政治戦略に対抗するために用いることを選択しなかった。…プロチョイスのエリート層はしばしばプロチョイスの候補者に敵対する投票行動をとった。多くの富裕層は、司法が中絶の権利を保護するであろうと確信して (そして連邦最高裁の審査をすり抜けた規制も自分たちには影響を与えないであろうと考えて)、減税を公約したプロライフの候補者を支持した。1980年代に5万ドルを超える年収を有していた人々は、中絶合法化の強力な支持者であったと同時に、ロナルド・レーガンやジョージ・ブッシュの強力な支持者でもあった…。かくして、富裕層の有権者は、裁判所が中絶合法化を維持してくれるものと信じていたのであり、それゆえ経済的保守主義と社会的リベラリズムとの二者択一を選ぶことなくして選挙における決定を行うことができたのである。」)。

化していった。第2に、1980年代後半以降にあっては、中絶という争点をめぐって一般有権者と二大政党との結びつきが変化し、政党間の分極化が進行していった。

①連邦議会議員の態度の変容

伝統的に言って、アメリカの政党は、イデオロギー的な一貫性に基づく結びつきというよりも、むしろ集票のためのプラグマティックな結びつきとしての性格を有してきた。すなわちアメリカの政党は、地方組織の連合体としての分散的な構造を有し、とりわけ地域利益や個別利益を表出することに重点を置いてきた。そして個々の連邦議会議員も地域代表としての自覚が強く、政党所属が議員の行動を決定づけるわけではなかった。その象徴が交差投票（cross voting）であり、党議拘束や政党指導部による規律はほとんど機能してこなかった—特に上院においてその傾向が強かった—。しかしながら、近年にあっては、アメリカの政党はイデオロギー的な一体性を強めており、二大政党の対立が激化している。そして連邦議会にあっては、個々の議員が党主流派の方針通りに投票する割合が増大する傾向にある。現代アメリカ政治における政党間分極化が指摘されるゆえんである。¹¹¹

そして中絶というイシューに関しても、連邦議会議員の行動は、従来にあっては政党間の分断線に沿ったものではなかった。すなわち政治学者のグレッグ・アダムズ（Greg D. Adams）が述べるところ、「1979年までは、…中絶に関して、上院の共和党議員は、下院の民主党議員とほとんど同程度の

111 さしあたり参照、山本龍彦「分極化する政治と憲法」法学研究（慶應義塾大学）87巻2号87頁、90-94頁（2014年）、久保文明編『アメリカの政治』114-33頁（新版、2013年）[岡山裕執筆]、西山隆行『アメリカ政治入門』91-97頁（2018年）。なお、かような政党内同質性の高まりの契機のひとつとして、1970年代の議会制度改革（委員会制度と先任者優位制の変革）の影響が指摘されている（さしあたり参照、待鳥聡史『〈代表〉と〈統治〉のアメリカ政治』53-76頁（2009年）、廣瀬淳子『アメリカ連邦議会』125-88頁（2004年））。政党の変容とそれに伴う連邦議会議員の行動の変化は、中絶問題を離れた文脈においても生じていることに留意すべきであろう。

比率で分裂していた。両院を横断して見るならば、中絶は取り立てて党派的なイシューではなかった¹¹²。しかしアダムズによれば、中絶に関する連邦議会議員の行動はそれ以降に変化し、両党の内部的同質性が高まっていた（図表1および2）。曰く、

「…1979年以降に、2つの集団が枝分かれしていった。上院の共和党議員はよりプロライフになり、下院の民主党議員はよりプロチョイスになっていった。…民主党と共和党は、中絶に関して、1970年代の間は緩やかな分裂にとどまっていたが、しかし1980年代後半までには極端に分極化していった。…[1990年代の半ばまでには] 80%を超える民主党議員が中絶に関してプロチョイスの投票行動をとり、また共和党議員も同様の割合でプロライフの投票行動をとるようになった…。少なくとも、連邦議会においては、中絶は党派的な争点へと進化したのであり、それぞれの党がディベートの片方を占めるようになったのである。」¹¹³

112 Greg D. Adams, *Evidence of an Issue Evolution*, 41 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 718, 723 (1997) .

113 *Id.* at 723-24. Also see Greenhouse & Siegel, *supra* note 73, at 2067-71; Devins, *supra* note 2, at 954-56.

(図表1) 連邦下院における中絶問題に関する議員の行動の変化¹¹⁴

Figure 1A. Percentage of House Abortion Votes That Are Pro-Choice

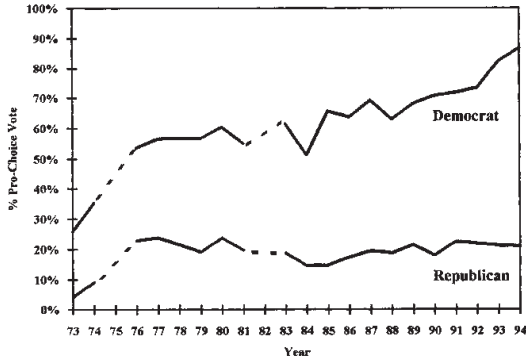
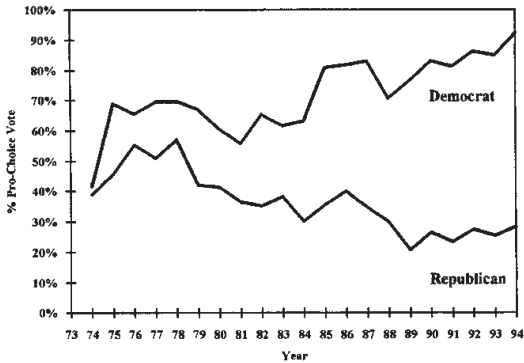
(図表2) 連邦上院における中絶問題に関する議員の行動の変化¹¹⁵

Figure 1B. Percentage of Senate Abortion Votes That Are Pro-Choice

114 Adams, *supra* note 112, at 723.115 *Id.* at 724.

②有権者の政党帰属の変化

さらに上記のエリート・レベルの態度変化は、次第に一般構成員のレベルへと波及していった。アダムズによれば、1980年代末まで共和党は民主党よりもプロチョイスであったが、しかし1980年代末から90年代前半にかけてその構図が逆転し、とりわけ共和党がプロライフに傾斜していった¹¹⁶（図表3 および4）。またサマンサ・ラックス（Samantha Luks）& マイケル・サラモン（Michael Salamone）の研究も、両党の一般構成員の態度が分裂していったのは1985年以降のことであり、その後徐々に分裂が拡大していった結果として、両党の構成員における選択的中絶（elective abortion—理由の如何によらずに認められる女性の中絶の自由を意味する）を容認する者の割合の差は、2004年には25%にまで到達していると指摘している¹¹⁷（図表5）。

それではかような政党間分極化はいかなる経緯を通じて生じたのだろうか？この点に関してアダムズは、イシュー・エボリューション（issue evolution）理論¹¹⁸による説明を提示している。この理論によれば、特定の争

116 *Id.* at 730-33.

117 See Samantha Luks & Michael Salamone, *Abortion*, in PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY 80, 98-99 (NATHANIEL PERSILY et al. eds., 2008). Also see Greenhouse & Siegel, *supra* note 73, at 2070-71; Devins, *supra* note 2, at 958. 併せて参照、飯山雅史『アメリカ福音派の変容と政治』190頁（2013年）（「1980年における民主党内での中絶リベラルと保守はそれぞれ54.5%と45.5%、共和党は58.1%と41.9%で、両党で中絶問題への争点態度にはほとんど違いがない」。「宗教右派運動が始まり、レーガン政権が倫理保守的な政策立場を鮮明にしてゆくと、中絶問題にそって政党支持人口が変動し始めた。1980年代から2008年まで、中絶保守派では、共和党支持者が13.7%から21.2%に上昇し、民主党支持者は24.3%から17.8%に減少した。中絶リベラル派の方では政党支持があまり変化していないので、争点態度の変化を考慮しても、中絶保守派の多くが民主党から共和党陣営に移行していったと考えることができる。」）。

118 イシュー・エボリューション理論は、アメリカ政治学において政党再編成（party realignment）をめぐる議論のなかで登場したものである（政党再編成論に関しては、さしあたり参照、松本俊太『アメリカ大統領は分極化した議会で何ができるか』238-48頁（2017年）、岡山裕『アメリカ二大政党制の確立』11-26頁（2005年）、待鳥・前掲注111・18-52頁）。政党再編成論によれば、アメリカの政党システムは周期的な変動を繰り返しており、とりわけ数十年に一度従来とは異なる争点が登場し、政党間に新たな対立軸が形成され、そして決定的選挙を通じてこれまでとは違った選挙結果が生み出さ

点をめぐる有権者と政党の結びつきの変化は、一度の決定的契機のみによって完結するのではなく、むしろ長期的な時間を伴いながら漸進的に進行してゆく。さらにこの理論によれば、政党の変容に際しては、政治エリートが重要な役割を果たすのであり、大統領や連邦議会議員などのエリートがキューを発し、それに対して大衆がレスポンスを示すという経緯を通じて、政党の性格が変容してゆく。このイシュー・エボリューション理論は、人種問題を争点とする1960年代半ば以降の共和党保守化の経緯を説明するテーゼとして論じられてきたが¹¹⁹、これを中絶政治の分析に応用したのが上述のアダムズの研究である。アダムズは1997年の時点で次のように述べている。

「合衆国の二大政党は、中絶のこととなると、20年以上前に存在していた同じ政党とは明らかに異なっている。…かような移行は漸次的なものであり、単一の選挙によって変化が突然に引き起こされたのではない。そしてそのプロセスはエリートから大衆へと進行していると考えられる」¹²⁰。

ここにおいて確認すべきは、グリーンハウス&シーゲルが指摘するように、「中絶をめぐる国家レベルの政党の分極化は、Roe判決の時点において

れ、ひいては政党システムの大規模な変容を生じさせている。その典型例は1932年選挙であり、そこでは民主党優位の政党システムとこれを支えるリベラル・コンセンサスが形成されたのであった。しかしながら、その後の時代にあつては明瞭な再編成は生じておらず、それゆえ現代にあつては政党再編成それ自体に対する批判も少なくない。なお本文で言及した1980年以降の大統領選挙における共和党優位の結果も、あくまで分割政府を生じさせたにとどまることから「スプリット・レベル再編」と称されている（参照、川人貞史『選挙制度と政党システム』43-76頁（2004年））。

119 なお共和党保守化の経緯に関する近時の研究として、西川賢『分極化するアメリカとその起源』（2015年）がある。同書は、共和党が保守的な凝集性を高める契機となったのは1952年から64年の時期であり、その要因となったのは「アイゼンハワーによる与党の大統領化とその失敗」であったと指摘している。

120 Adams, *supra* note 112, at 735. Also see, TATALOVICH, *supra* note 103, at 150（「エビデンスによって一貫して示されているのは、中絶政治の分極化はボトムアップではなくトップダウンの現象だということである。そしてこのことが意味するのは、アメリカの政治家…は、中絶論争が点火するよう故意に選択を行ってきたということである。」）。

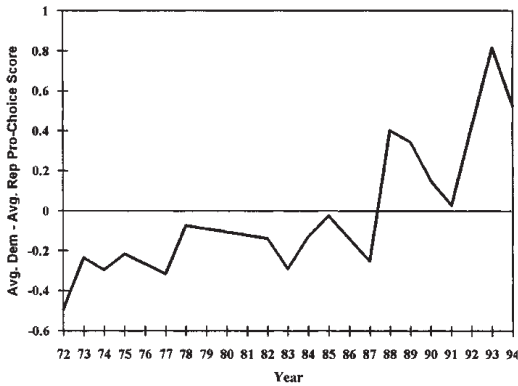
発生していたのではなく、むしろその数年後に形成された」という点であろう¹²¹。中絶をめぐる政党間分極化は、Roe判決以後に急激に進行したのではなく、むしろ長期的な時間を伴いながら緩やかに推移していった。さらにかような政党間分極化の形成に際しては、中絶問題を争点化させようとするエリートによるキューの提示—大統領選挙における争点化と連邦議会議員の行動の変容—が重要な契機を提供したと考えられる。ふたたびグリーンハウス & シーゲルの言葉を借りれば、「中絶に関する政党の立場の変化とその変化のタイミングが示唆することは、中絶をめぐる分極化にとっては、国家レベルの政党間の有権者獲得競争が重要な役割を演じたということである。さらにそれは、Roe判決をミーンングフルなものへと転化させるに際しても、重要な役割を演じたと言えるのではないだろうか。」¹²²

121 Greenhouse & Siegel, *supra* note 73, at 2068. *Also see Id.* at 2071 (「…中絶をめぐる政党再編成に関する研究者が合意しているより根本的なポイントは、中絶に関する国家レベルの政党の構成員の立場が今日のような分極化状況へと分岐していったのは、1980年代末に至ってからのことであり、それはRoe判決から10年あるいは15年後のことであったという点である」)。

122 *Id.* at 2068.

(図表3) 一般有権者におけるプロチョイス派の政党帰属の推移¹²³

Figure 5. Difference Between Average Mass Republican and Democrat Pro-Choice Scores

(図表4) 中絶問題と有権者の投票行動および政党帰属との関係¹²⁴Table 1. Partisan Advantage Among Abortion Attitudes by Year
(Percent Responding Democrat Minus
Percent Responding Republican)

	1968	1972	1976	1980	1984	1988	1992
Vote for President							
Pro-Life	5.3	-19.4	22.6	6.5	-28.4	-40.1	-18.6
Moderate	-6.8	-27.3	12.1	0.3	-26.3	-30.3	4.8
Pro-Choice	-10.9	-16.7	8.8	-1.8	-11.1	-8.7	29.7
Party Identification							
Pro-Life		34.8	26.8	16.0	16.8	-3.3	-17.7
Moderate		28.9	21.3	17.9	11.4	10.5	9.8
Pro-Choice		14.4	18.5	13.5	9.2	17.4	15.5

Source: General Social Surveys, 1972-94.

123 Adams, *supra* note 112, at 730.

124 *Id.* at 732.

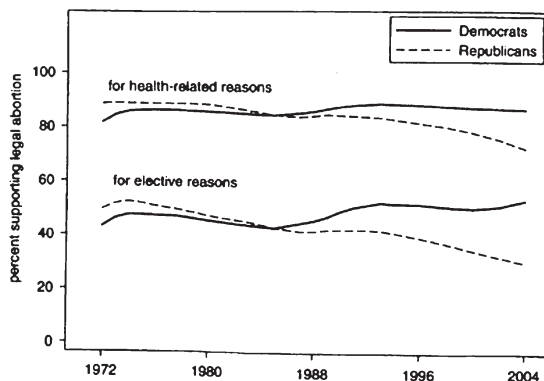
(図表5) 有権者の中絶の合法化に関する態度と政党帰属との関係¹²⁵

Figure 4.6. Support for Legal Abortion by Party Identification, 1972–2004. Question wording: see text. Source: General Social Survey.

(4) 世論—総体的な安定性と集団内同質化

次に世論の動きに目を向けてみたい。

世論に関する研究によれば、中絶に関する合衆国世論の態度が大きく変動したのは、Roe判決以前の1960年代後半から70年代初頭にかけてであった¹²⁶。この時期の中絶規制の「改正」と「廃止」の動向についてはすでに述べたが（前述3（2））、これと歩調を合わせるようにして、世論にあっては中絶の合法化を容認する声が増大していった。ただし「廃止」の動向によって合法化された望みどおりの中絶ないしは選択的中絶に関しては、世論の間に亀裂が存在していた。しかしギャロップ社の調査によれば、1968年の時点では中絶規制の「廃止」に世論の85%が反対していたが、1970年の時点ではその数値は69%に低下し、その後も緩やかな下落傾向にある（72年には67%、74年

¹²⁵ Luks & Salamone, *supra* note 117, at 98.

¹²⁶ See generally, Gerald Rosenberg, *The Surprising Resilience of State Opposition to Abortion*, 34 SAINT LOUIS UNIVERSITY PUBLIC LAW REVIEW 241 (2015); Luks & Salamone, *supra* note 117.

には63%, 77年も63%)¹²⁷。またNORC (National Opinion Research Center—全国世論調査センター) の調査によれば, 既婚女性が子どもを持ちたくないことを理由にして行いう中絶への支持は, 1965年の時点では16%にとどまっていたのに対して, 1972年の時点では40%, 73年には48%へと増加し, 1978年に40%に低下するものの, 1980年には47%に上昇している¹²⁸。

他方, Roe判決以降に生じた世論の変動は, 上記のRoe判決以前の変動と比べればわずかなものであると指摘されている¹²⁹。ギャロップ社の調査によれば, 中絶をいかなる状況においても合法化すべきであるという立場は, Roe判決以後のほとんどの期間において20~30%台前半を推移し, また中絶を一定の状況においては合法化すべきであるという立場は, ほとんどの期間において50%台を推移している(図表6)。つまりRoe判決の以後において, 世論のなかにプロライフの立場をとる人々の割合が劇的に増加したというわけではないのである。さらにこの分野の研究者によってしばしば指摘されている点は, Roe判決以後の一連の連邦最高裁判決が世論に与えた影響はほとんどないと考えられるということである。ラックス&サラモンの言葉を借りて言えば, 「中絶に関する諸判決が中絶をとりまく政治的風潮を形成したことはおよそ確かであるとしても, しかしRoe判決以降の連邦最高裁判決は, いずれも中絶の権利に関する世論の軌道や構造に対して直接的な影響を与えてはいないと考えられる」¹³⁰。

しかし他方で, チャールズ・フランクリン (Charles C. Franklin) & リアナ・コサキ (Liane C. Kosaki) の研究は, Roe判決が世論に対して与えた影

127 See Judith Blake, *The Supreme Court's Abortion Decisions and Public Opinion in the United States*, 3 POPULATION AND DEVELOPMENT REVIEW 45, 48-51 (1977) .

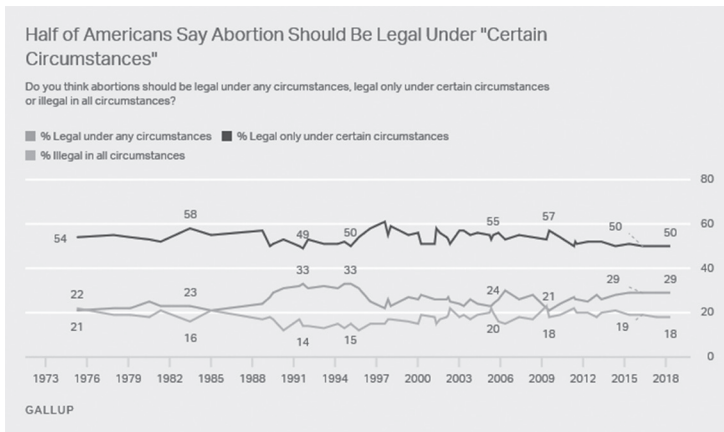
128 Donald Granberg & Beth Wellman Granberg, *Abortion Attitudes, 1965-1980*, 12 FAMILY PLANNING PERSPECTIVES 250, 252 (1980) .

129 Rosenberg, *supra* note 126, at 244 (「…Roe判決に先行する時期, とりわけ1967年から1970年にかけて, 中絶合法化への支持は際立った高まりを見せた. … [しかし] それ以降は大きな変化がない。」) .

130 Luks & Salamone, *supra* note 117, at 101. なお中絶問題に関する世論の動きと裁判所の行動との間の連関に目を向ける研究として, さしあたり参照, Corinna Barret Lain, *Upside Down Judicial Review*, 101 GEO. L. J. 113 (2012) .

響として、社会集団間の態度の固定化ないしは構造化を指摘している。つまりRoe判決以後にあっては、総体レベルにおける合衆国世論の態度の変化は小さいものの、しかし特定の社会集団に属する人々の態度の固定化が進行し、なかでも非白人集団とカトリックの間でプロライフの割合が増加した¹³¹。かくしてフランクリン&コサキが述べるところ、「連邦最高裁判決のインパクトは、…争点に関する選好をさらに結晶化し、集団内選好の同質性をより高めたというところにあった…」¹³²。

（図表6）Roe判決以後における中絶合法化に関する世論の推移¹³³



131 *Also see*, Luks & Salamone, *supra* note 117, at 101 (「1970年代以降、この争点は明らかに政治化していったのであり、そして党派間の差異も増大した。全体的に言って、アフリカ系アメリカ人、敬虔な宗教的信仰を有する人々、教育水準の低い人々、そして既婚の人々は、プロライフの立場をとる傾向にある。他方、白人、教育水準の高い人々、より宗教的でない人々、そして未婚の人々の間にあっては、プロチョイスの見解がより一般的である。」)。

132 Charles H. Franklin & Liane C. Kosaki, *Republican Schoolmaster*, 83 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 751, 762 (1989) .

133 Jeffrey M. Jones, *U.S. Abortion Attitudes Remain Closely Divided*, June 11 2018 (<https://news.gallup.com/poll/235445/abortion-attitudes-remain-closely-divided.aspx>) [2018年6月最終閲覧] .

(5) 社会運動勢力—Roe判決直後における穏健派のプレゼンスとその衰微

続いて社会運動勢力—利益集団や宗教勢力など—の動向を扱いたい。

まず、Roe判決に対してその直後から抵抗的なキャンペーンを展開したのは、やはりカトリック教会であった。例えば1973年2月13日に発表された司教教書 (pastoral message) は、Roe判決は神の法に反するとし、これに対する市民的不服従を提唱した。またカトリック教徒でありながらもRoe判決法廷意見に加わったウィリアム・ブレナン (William Brennan) 裁判官の破門を求める声も、教会内では高まりを見せた。加えてNCCBは1975年に司教計画 (pastoral plan) を発表して反中絶運動のための総合的な政治戦略を打ち出し、その後にあつては組織的なロビイングを積極化させていった。¹³⁴

しかし他方で、以下に紹介するメアリ・ジエグラー (Mary Ziegler) の研究は、Roe判決以後数年間における社会運動勢力の穏健な性格を指摘している。曰く、「私たちがRoe判決と結びつけるイデオロギー的塹壕戦は、通常想定されるよりも後になってから到来したのであり、さらにそれは連邦最高裁の判決を超越した理由に起因して発生したのである」¹³⁵。

①1970年代半ばまで

ジエグラーが述べるところ、1970年代前半のプロライフ運動団体にあつては、穏健派のメンバーが大きな影響力を有していた。例えばNRLCにおいて初代の会長を務めたマージョリー・メックレンバーグ (Marjory Mecklenburg) は、その在任時に団体役員をカトリック教会に属しないメンバーから選出した¹³⁶。また彼女の政策的スタンスは、胎児の権利保護を支持

134 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 89-93; TRIBE, *supra* note 56, at 143-47; 荻野・前掲注9・94-98頁。なおアメリカの中絶政治と宗教勢力の関係の概要に関しては、緒方・前掲注10・208頁以下、上坂昇『神の国アメリカの論理』164頁以下(2008年)を参照。

135 Ziegler [2014], *supra* note 38, at 972-73.

136 Also see EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 209 (「…多くのプロライフ団体は、カトリック教会から距離を置くことを試みていた。…Roe判決からほどなくして、

すると同時に、出産や養育に関するセーフティ・ネットの設営を政府に対して要求するというものであった。つまり当時のプロライフ穏健派は、女性のリプロダクションの権利を、消極的権利（negative rights）ではなく積極的権利（positive rights）として理解し、これに福祉国家的支援を与えるべきであるという構想を有していた。実にメックレンバーグは、ERA（Equal Rights Amendment—男女平等憲法修正案）¹³⁷についても支持を表明していたのであり、さらにNRLCも1977年まではERAに対して敵対的なスタンスを表明していなかった。¹³⁸

またNRLCの常任理事であった穏健派のウォレン・シャラー（Warren Schaller）は、前述の憲法修正に関する上院司法小委員会における公聴会に際して、プロライフ勢力の運動戦略に影響を与えた。1974年2月、シャラーは、NRLCがカトリック教会によって一元的に支配されているというイメージを打破すべきであり、むしろプロライフ内部の宗教的多様性こそが強調されるべきであると提言した。この提言に呼応する形で、実際の公聴会においては、ユダヤ教のラビなどが反中絶運動の宗教的多様性を強調した。¹³⁹

地方の生命への権利グループのメンバーは—生命のためのミネソタ市民（Minnesota Citizens for Life）のマージョリー・メックレンバーグに率いられて一会合を設け、NRLCの宗教的出自は葬り去られるべきであると決定した。1973年6月のNRLCの会議において、彼（女）らはこの計画を公に実行してカトリック教会との結びつきを切断し、役員を教会員ではない者から選出した（会長となったメックレンバーグを含む。）、併せて参照、小竹 [2013②]・前掲注7・321-22頁。

137 性差別禁止条項を含んだ合衆国憲法第27修正案。ERAは1971年から1972年にかけて連邦議会の両議院を圧倒的多数の支持を得て通過したが、その後4分の3の州議会の承認を獲得するには至らず（承認したのは35州であり、必要な38州にわずかに届かなかった）、1982年に期限切れにより不成立となった。さしあたり参照、荻野・前掲注9・172-202頁、有賀夏紀『アメリカ・フェミニズムの社会史』182-203頁（1998年）。

138 See Ziegler [2014], *supra* note 38, at 987-97; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 189-201. Also see, Mary Ziegler, *The Possibility of Compromise*, 87 CHI-KENT L. REV. 571 (2012).

139 See ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 44-45. Also see, EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 357（「…【公聴会におけるカトリック教会の証言は】メソジスト派、長老派、ユダヤ教改革派などのその他の宗教的リーダーからの反発を呼んだ（実にその時点にあっては、40以上の宗教ないしは宗教集団がRoe判決を支持していた）。さらに追い打ちとなったのは、反中絶運動の分裂を連邦議会に垣間見させてしまったことである。例えばNRLCは、司教たちから距離を置こうとし、カトリック教会との『いかなる

なおNRLCにおける内部的対立の結果として、シャラーは1974年6月に常理事を解任され、メックレンバーグも同年の秋にNRLCを離脱した。その後メックレンバーグらはACCL（American Citizens Concerned for Life—生命を考えるアメリカ市民）を結成した。そしてその後、メックレンバーグはACCLの会長として連邦政治にも関与し、非婚の母親および乳幼児への医療的支援、妊娠した若年女性への通学支援、デイケアセンターの開設、性教育および家族計画上の支援などの実現をめざした。かようなプロライフ穏健派の運動は、雇用における妊娠女性への差別を禁じた1978年制定の妊娠差別法（Pregnancy Discrimination Act）¹⁴⁰などに影響を与えた。¹⁴¹

さらに上記のような穏健派のプレゼンスは、当時のプロチョイス勢力においても見て取ることができる。ジエグラーはその一例として、中絶後の胎児を使用した研究（fetal research）への規制をめぐる議論を挙げている¹⁴²。例えばACLU（American Civil Liberties Union—アメリカ市民的自由連合）のプライバシー委員会は、1976年にこの問題に関する見解をとりまとめたが、それは胎児の権利と女性の中絶の権利との間の均衡を模索するものであった。すなわち同委員会は、女性は妊娠を終結させる権利を有するものの、しかし中絶手術後に生存可能な状態で生まれた胎児は政府から医療的ケアを受ける権利を有するとし、さらに生存可能な状態にある胎児についての情報を女性に伝えようとする者の第1修正上の権利は、女性の当該情報を受けとら

関連性をも否認し、さらにむしろ妥協的な修正案を支持する意向を表明していたと考えられる。総じて言えば、ひとつにまとまっているべき勢力がそうではなかったということが上院の目に明らかになったのであり、この点が致命的な政治的欠陥だったのである。』

140 さしあたり参照、相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』219-20頁（2012年）。

141 See Ziegler [2014], *supra* note 38, at 987-97; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 46-47, 189-201. なおメックレンバーグは、1976年大統領選挙においてフォードのアドバイザーを務めたことでもその名を知られている（See e.g., WILLIAMS, *supra* note 102, at 131）。しかし他方で、メックレンバーグは、1980年代に入るとレーガン大統領の下で家族計画プログラムの作成に携わり、前述のAFLAの制定に関与した。彼女の政策的立場は時代とともに保守化していったと指摘されている。See ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 200-01.

142 Ziegler [2014], *supra* note 38, at 997-1005; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 205-12.

ない権利に優位すると論じた。¹⁴³

以上のように、当時のプロライフ勢力にあっては、胎児の権利と女性へのケアとを福祉国家的リベラリズムによって包摂するというヴィジョンを有する穏健派の影響力が大きかった。そしてプロチョイス勢力にあっては、胎児の権利保障を制限付きで肯定するという構想が有力であった。それゆえ、両陣営の間には、一定の事項に関して妥協と合意の形成を可能とする態度が共有されていた。かくしてジグラーが述べるところ、「Roe判決における連邦最高裁の決定は、プロライフと社会的保守派との間の提携を不可避的なものとしたわけではなく、ましてや中絶の権利に関する利害状況の中道的な解決を破壊したわけでもないのである」¹⁴⁴。

②1970年代後半以降

しかしながら、ジグラーによれば、1970年代後半以降にあっては、プロライフ勢力の内部で漸進主義者 (incrementalist) と絶対主義者 (absolutist) の分裂が生じていった。一方の漸進主義者はより妥協的なスタンスをとり、既存の判例の下で合憲と判断されうるような規制法令の実現を目指した一その成果が、連邦レベルにあっては前述のハイド修正（4（1）②）であり、

143 なおこの問題に関連して、連邦議会が1974年に中絶後の胎児を使用した研究を一時的に差し止めるモラトリアム条項を制定したことはすでに述べたが（前述4（1）②）、その法案を提出したのは、エドワード・ケネディ (Edward Kennedy) 上院議員（民主党、マサチューセッツ州）であった。ケネディは、Roe判決以前はカトリック教徒として中絶自由化に反対の態度をとっていたが、同判決以後にプロチョイスに転向したという経緯を有する人物であった。しかし彼は、中絶後の胎児を使用した研究については、これに関する規制を支持する立場をとった。すなわち彼にとって、この問題は人間の尊厳に関する科学倫理ないしは医療倫理の問題であり、それゆえ彼は専門的な知見を有する委員会の設置を支持した。その後、連邦議会は上記のモラトリアム条項を制定し、そして1975年には専門家によって構成される委員会 (National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research) が設置された。かような一連の経緯は、当時において連邦議会においても穏健派議員が影響力を発揮していたことを窺わせる。See e.g., ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 205-12; SARA DUBOW, OURSELVES UNBORN 78-79 (2011) .

144 See ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 205.

州レベルにあっては後述のアクロン市条例（4（6））である。他方、絶対主義者は、胎児の生命への権利の保障を内容とする憲法修正や法令制定にあくまで固執し、妥協的な後退を許さないスタンスをとった。かような漸進主義者と絶対主義者の分裂は、ことに1980年代前半に至ると顕著になっていった。その契機となったのは前述のハッチ憲法修正案（4（1）①）であり、漸進主義者はこれを支持し、絶対主義者はこれに反対するという形で亀裂が顕在化した。¹⁴⁵

そしてこの時期におけるプロライフ絶対主義の有力化の背景をなしているのが、宗教右派（religious right）やニュー・ライト（New Right）といった保守主義勢力の伸長である。すなわち宗教勢力にあっては、1970年代後半からプロテスタントが反中絶運動に足を踏み入れるようになり、なかでもその潜在的影響力の大きさから「眠れる巨人」とも称されていた福音派（evangelicals）や、あるいはその下位集団である原理主義（fundamentalism）が影響力を発揮するようになっていった。さらにかような宗教勢力と共鳴した政治勢力がニュー・ライトである。ニュー・ライトは1960年代に共和党内部で形成された保守派勢力であったが、その後リチャード・ヴィグリー（Richard Viguerie）やポール・ワイリック（Paul Weyrich）を中心に組織化を遂げていった。さらに1980年、ヴィグリーとワイリックは、福音派の牧師ジェリー・ファルウェル（Jerry Falwell）とともにモラル・マジョリティ（Moral Majority）を結成する。このモラル・マジョリティは全国的組織として大規模化を遂げてゆき、1980年秋の段階で約7万人の聖職者と350万人の信徒を会員として抱えるまでになっていった。さらにこの時期までにはクリスチャン・ヴォイス（Christian Voice）や宗教円卓会議（Religious Roundtable）などが結成され、その潤沢な資金を背景にして宗教ロビーは政治的影響力を増していった。¹⁴⁶

145 *Id.* at 58-91.

146 さしあたり参照、森孝一『宗教からよむ「アメリカ」』201頁以下（1996年）、飯山雅史『アメリカの宗教右派』87頁以下（2008年）、堀内一史『アメリカと宗教』131頁以下（2010年）。*Also see*, WILLIAMS, *supra* note 102.

そしてかようなプロライフ勢力の組織的基盤の変容は、その論調にも反映されていった。1977年、NRLCは、ERAが胎児の権利にとって不確定性を残しており、それが解消されるまではERAに反対するという決議を採択した。宗教右派やニュー・ライトと結びついた結果として、プロライフ勢力においては道徳的保守主義が有力化していった¹⁴⁷。また前述のように憲法修正を目指す動きが行き詰まりを見せるようになると、プロライフ運動の批判の矛先は連邦最高裁へと向けられ、司法積極主義への攻撃とRoe判決の判例変更を求める運動が高まりを見せていった。さらに妥協的態度の消失はプロチョイス勢力にあっても同様であり、ジグラーによれば、「1980年初頭までには、プロチョイスのリーダーたちは、一切の胎児保護立法に対してより疑念を向けるようになった」¹⁴⁸。また1970年代後半以降の新自由主義の高まりを受けて、プロチョイス勢力は中絶問題を性的平等や貧困といったアジェンダから切り離し、これを女性の選択の自由の問題として前景化させる運動戦略をとるようになった¹⁴⁹。

以上のようなジグラーの研究が明らかにするのは、Roe判決と社会運動勢力の分極化との間に介在する複合的な要因—政党の変容、宗教右派やニュー・ライトの台頭、ニューディール・リベラリズムの時代の終焉と新自由主義の有力化—の存在である。ジグラーは次のように結論づけている。

「Roe判決の意味の変容を跡づけることによって明らかになる点は、中絶をめぐるコンフリクトのエスカレートにとっては、少なくとも裁判官と同程度に、非司法的アクターが多大な寄与をしたのだということである。Roe判決以後の10年の間に、中絶の権利の活動家もプロライフの活動家も、社会的・文化的情景の急速な変化に直面した。両陣営は政治的情勢の主要な変化—ニュー・ライトや宗教右派の結集、人口抑制運動の衰退、二大政党の継続

147 Ziegler [2014], *supra* note 38, at 1005-12; ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 201-05.

148 Ziegler [2014], *supra* note 38, at 1012.

149 ZIEGLER [2015], *supra* note 88, at 128-53.

的な再編成など一に応答した。かような展開は中絶をめぐる議論を深くまで一しかし徐々に一形成した。分極化は、連邦最高裁判決の即時的な帰結でもなければ、その必然的な帰結でもない。」¹⁵⁰

(6) 州法一中絶制限的な州法の制定と連邦最高裁との対立

次にRoe判決以後の州法の動向に目を向けたい。立論の便宜上、本項では1980年代前半までの時期を扱うこととする（それ以降の州法に関しては、(7) 裁判所の項目にて言及する）。ここでのポイントは、この時期における州議会と連邦最高裁の間の対立の構図である。つまり以下に述べるように、州議会はRoe判決の直後から多くの中絶規制法を制定したが、これに対して連邦最高裁はRoe判決において示された権利保護的なスタンスやトライメスター枠組みを踏襲して対峙し、その下において認容可能な法とそうでない法とを腑分けしていったのである。

Roe判決後の2年間で、32の州において62の数に及ぶ中絶規制的な州法が制定された。1978年の時点で中絶規制的な州法を制定しなかった州は16にとどまるとも指摘されている。その内容は多岐にわたるが、極端な例として、明らかにRoe判決に違背する州法を制定する州も少数ながら存在した—ユタ州やノースダコタ州は母体の生命あるいは身体の保護のための中絶のみを合法化すると定め、あるいはロードアイランド州は個人は受胎の瞬間から憲法上の権利を有すると規定した¹⁵¹。他方、多くの州で制定された州法の主な内容としては、中絶手術の実施を病院および特別の資格を有する施設に限定するものや、中絶手術に際して女性本人による事前の同意を要求するもの、配偶者や親権者の同意を要件とするもの、実施施設に中絶に関する記録を保存し報告することを義務づけるもの、公的資金助成の制限などを挙げることが

¹⁵⁰ *Id.* at xv.

¹⁵¹ See RUBIN, *supra* note 88, at 127 (「Roe判決以後の立法の最初の波のうち、7つのうちの3つが明らかに過剰に制限的であり、それらは後に裁判所によって無効と判断された。」)。

できる。¹⁵²

そしてかような各種の州法に対しては、その憲法適合性を争う訴訟が相次いで提起された¹⁵³。ここで代表的な判例の概要を述べれば、まず1976年のPlanned Parenthood of Central Missouri v. Danforth¹⁵⁴は、ミズーリ州の中絶規制法について、塩水羊水穿刺を禁止した規定、配偶者同意要件、親権者同意要件、胎児の生命および健康を維持する義務に違反した医師に刑事罰を科した規定を、いずれも違憲と判断したが、他方で本人同意要件や記録保持要件については合憲と判断した。1979年のBellotti v. Baird¹⁵⁵は、未成年者の中絶における親権者同意要件を再び違憲と判断した。1979年のColautti v. Franklin¹⁵⁶は、医師が母体外生存可能性を有すると判断した胎児についてはその生存を確保しなければならないと定めるペンシルヴェニア州法に関して、漠然不明確性を理由に違憲判断を下した。1981年のH.L. v. Matheson¹⁵⁷は、親権者通知要件を合憲と判断した。トライメスター第1期における中絶を病院に限定する州法は、連邦下級審によって違憲と判断され、連邦最高裁もこれを支持した¹⁵⁸。さらに1975年のBigelow v. Virginia¹⁵⁹は、中絶に関する広告の規制を言論の自由に対する侵害を理由に違憲と判断した。加えて

152 See e.g., RUBIN, *supra* note 88, at 126-30; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 73-101; EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 211-25; Glen Halva-Neubauer, *Abortion Policy in the Post-Webster Age*, 20 PUBLIUS 27 (1990) .

153 さしあたり参照、石井 [1979]・前掲注11・131頁以下、石井 [1983-85]・前掲注11・(1) 111頁以下、石井 [1994]・前掲注11・126頁以下、根本 [1996-97]・前掲注11・(1) (2) .

154 428 U.S. 52 (1976) .

155 443 U.S. 622 (1979) . 争われたマサチューセッツ州法は、親権者が同意を拒否した場合における裁判所による代替的同意手続 (judicial bypass) について規定を置いていた。かような代替的手続について、Bellotti判決は、(a) 未成年者女性が中絶について決定を下しうるほど成熟していること、(b) 成熟性を欠いているとしても中絶が彼女にとって最善の利益であることのいずれかを証明した場合には、裁判所は中絶を許可しなければならないとし、さらに未成年者が直接裁判所に代替的同意手続を申立てることが可能でなければならないと論じた。

156 439 U.S. 379 (1979) .

157 450 U.S. 398 (1981) .

158 Sendak v. Arnold, 429 U.S. 968 (1976) .

159 421 U.S. 809 (1975)

1977年の一連の判決によって¹⁶⁰、州法による中絶への公的資金助成制限は合憲と判断された。

そして1970年代後半から80年代前半にかけても、州法による規制は止むことがなかった¹⁶¹。とりわけこの時期の州法を特徴づけている点は、複合的な中絶規制の普及である。例えば1978年2月にオハイオ州アクロン市議会によって制定された条例は、トライメスター第2期以降の中絶は正規の病院で行わなければならないこと、15歳未満の女性の中絶には親権者ないしは裁判所による同意が必要であること、中絶を望む女性にはインフォームド・コンセントが必要とされ、なおかつその際には「胎児は受胎の瞬間から人間の生命であること」や中絶時の胎児の「解剖学的あるいは生理学的な特徴」に関して女性に伝達されなければならないこと、医師が中絶手術を行うためには女性による同意を得てから24時間の待機時間を経なければならないこと、医師は中絶後の胎児を「人道的かつ衛生的な方法」で扱わなければならないことを規定していた。このアクロン市条例は、「既存の判例法理の輪郭の内側にとどまりながらも選択権を制限する」¹⁶²ことを狙いとしていたと評されており、実にその後、11の州において制定された法令のモデルとなった。

しかしこのアクロン市条例が争われた1983年のCity of Akron v. Akron Center for Reproductive Health¹⁶³において、連邦最高裁は上記の条例のすべての規定を違憲と判断した。また同年に下されたPlanned Parenthood of Kansas City v. Ashcroft¹⁶⁴は、1979年制定のミズーリ州法に規定されていたトライメスター第2期以降の中絶に対する正規病院要件を違憲と判断したが、しかし他方で、中絶胎児の検体を病理医に提出することを求めた規定、裁判所による代替の手續を含んだ親権者同意要件、トライメスター第3期以

160 Beal v. Doe, 432 U.S. 438 (1977) ; Maher v. Roe , 432 U.S. 464 (1977) ; Poelker v. Doe, 432 U.S. 519 (1977) .

161 See RUBIN, *supra* note 88, at 138-39; EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 236-238.

162 EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 236.

163 462 U.S. 416 (1983)

164 462 U.S. 476 (1983)

降の中絶においては緊急の場合を除いて第2医師の立会いが必要であると定めた規定については、いずれも合憲と判断した。

（7）裁判所—Casey判決による判例法理の修正とその背景

次に裁判所をとりまく動きに言及したい。周知の通り、連邦最高裁は1992年のCasey判決において、Roe判決が示したタイムスター枠組みを修正し、不当な負担テストという柔軟な法理を新たに導入するに至る。以下ではかような連邦最高裁の態度変化の背景にはいかなる要因があったのかを、特に連邦司法人事や司法省の訴訟活動に目を向けながら、ごく概略的にはあるが論じたい。

まず連邦下級裁判所の人事において、レーガンは保守派裁判官の指名を積極的に行った。ホワイトハウスに設置された裁判官選任のための委員会は、司法省とともに裁判官候補者に関する調査を実施し、かつてないほど厳格なスクリーニングを行った—そこでは中絶を含む社会的争点に関して保守主義的立場をとるか否かが指名の条件とされたと考えられており、「イデオロギーのリトマス・テスト」としばしば批判された¹⁶⁵。その結果として、レーガンによって指名された連邦下級審裁判官が、1981年から87年までの中絶関連事案においてプロライフ側に有利な判断を下した割合は、77%にも上ると分析されている（なおカーターによって指名された裁判官にあっては11%、ニクソンによって指名された裁判官にあっては21%であった）¹⁶⁶。

かたや連邦最高裁に関して言えば、1981年にオコナーが最高裁入りしたが、しかしレーガンはこの人事にイデオロギー的な意味合いを持たせようと

165 See e.g., EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 251-52; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 173-87; DEVINS, *supra* note 91, at 104-05. なおレーガン政権以降の共和党政権による連邦司法人事に関しては、岡山裕「イデオロギー政治の変容と連邦司法人事」五十嵐・久保編『アメリカ現代政治の構図』221頁（2009年）を参照。

166 See Steve Alumbaugh & C.K. Rowland, *The Links Between Platform-Based Appointment Criteria and Trial Judges' Abortion Judgements*, 74 JUDICATURE 153, 160 (1990) .

は考えていなかった¹⁶⁷。そしてその後は1986年まで裁判官の入れ替えが生じなかった。しかし他方で、法務総裁エドウィン・ミース3世 (Edwin Meese III) に率いられた司法省は、訴訟参加を通じて連邦最高裁への働きかけを強めていた¹⁶⁸。いわゆる原意主義やディパートメンタリズムを支柱とするミースの司法哲学はよく知られているが¹⁶⁹、中絶に関して彼はRoe判決の判例変更を求めていた。しかしレーガン政権における最初の訟務長官であったレックス・リー (Rex Lee) は、前述のAkron事件で提出したアミカス・ブリーフにおいて、トライメスター枠組みの変更を主張したものの、しかしRoe判決の判例変更までは主張しなかった。かようなリーの態度はミースとの不和を招き、1985年6月、リーは経済的事情を表向きの理由として辞職する。そしてその臨時代理に就任したのがチャールズ・フリード (Charles Fried) であった (正式な訟務長官就任は1985年10月である)。なおこの交代劇は、Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists が連邦最高裁に係属していたさなかに生じたものであった。ペンシルヴェニア州法による複合的な中絶規制が争われたこのThornburgh事件において、フリードは臨時代理就任後すぐさまアミカス・ブリーフを提出し、Roe判決を「法的不安定性の源泉」と辛辣に評してその判例変更を求めた。

そして1986年6月にThornburgh判決が下された。ブラックマンの筆による法廷意見は、争われた州法を違憲と結論づけた¹⁷⁰。しかし評決は5対4

167 See e.g., EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 235-36; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 178; DEVINS, *supra* note 91, at 130.

168 See e.g., EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 252-60; CRAIG & O' BRIEN, *supra* note 75, at 186-87; 見平 [2016]・前掲注8・95-103頁。

169 さしあたり参照、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』(2010年)、大林啓吾『憲法とリスク』(2015年)。

170 476 U.S. 747 (1986)。違憲とされた州法の内容は次の通りである。(a) インフォームド・コンセントの際に女性は特定の情報 (中絶手術が及ぼす身体的・精神的負担、産前産後の医療的ケアを受ける資格、子どもへの経済的支援に関する父親の責任などに関する情報) の提供を受けなければならないと定めた規定。(b) 胎児の医学的・解剖学的な特徴に関する2週間ごとの情報を記した印刷物の女性への提供を定めた規定。(c) 女性の個人情報 (住所、年齢、人種、家族など)、医療的判断の根拠、支払い方法などに関する記録保持と報告の義務を医師に課した規定。(d) トライメスター第3期以降に中絶を行う場合にあっては、胎児の生存可能性を最も確保しうる医療技術を使用する

の薄氷であった。なお3年前のAkron判決においては3名の裁判官（オコナー、ホワイト、レーンキスト）が反対意見の側に立ったが、Thornburgh判決ではバーガーがこの陣営に加わった。

Thornburgh判決の言渡しから1週間も経過しないうちに、バーガーが退任を表明する。レーガンは次の首席裁判官にレーンキストを充てることを決め、さらに後任としてスカリアが任命された。そして1987年にはパウエルが退任し、その後任として指名されたラディカル保守主義者のロバート・ボーク（Robert Bork）の任命をめぐる論争は、周知のように世間の耳目を集めることとなった¹⁷¹。しかし上院司法委員会は9対5でボークの承認を拒絶し、強行的に行われた上院本会議の裁決においても42対58で承認が否決された。その後1988年にアンソニー・ケネディ（Anthony Kennedy）が最高裁入りする。しかしこのケネディの就任以後、中絶裁判における数的形勢が変化し、保守派裁判官が多数派形成に成功するようになってゆくのである¹⁷²。

1989年のWebster v. Reproductive Health Servicesにおいて司法判断の対象となったのは、Thornburgh判決の言い渡しから2週間後に制定されたミズーリ州法であった¹⁷³。連邦最高裁は5対4の評決で争われた州法を合憲と判断した。レーンキスト相対多数意見（ホワイト、ケネディが同調）は、胎児の生命保護という政府利益は、妊娠の全段階においてやむにやまれぬ重みを有するのであり、それは胎児が母体外生存可能性を有する状態となるトライメスター第3期以降に限られないと論じた。なおRoe判決の判例変更

よう定めた規定、(e) 母体外生存可能性を有する胎児の中絶に際しての第2医師の参加を例外なく義務づけた規定。

171 さしあたり参照、阿川尚之『憲法で読むアメリカ現代史』71-90頁（2017年）。

172 なおその背景的要因としてプロチョイス陣営の訴訟戦略の硬直性を指摘するものとして、参照、EPSTEIN & KOBYLKA, *supra* note 76, at 290-98.

173 492 U.S. 490 (1989) 争われた州法の内容は次の通りである。(a) 生命は受胎の時点から始まり胎児は保護を受ける利益を有すると定める宣言的規定、(b) 中絶手術およびこれに関連するカウンセリングを行う者への公的資金助成および公的施設使用の禁止（ただし女性の生命を救うために必要な場合を除く）、(c) 妊娠20週以降の中絶に対して、胎児の母体外生存可能性に関する医学的テストの実施を要求する規定。連邦最高裁は(a)については判断を下さず、(b)と(c)について合憲判断を下した。

つについては明言されなかったものの、「Roe判決の硬直的な枠組みは、憲法典の規定全般から投射される観念に合致するとは言いがたい」¹⁷⁴と述べられた。またスカリア一部同意意見は、「[相対多数意見]はRoe v. Wade判決を巧妙に覆そうとするものである。…私もそうすべきだと考えるが、しかし私はより明示的に行いたい」¹⁷⁵と述べた。さらにオコナー一部同意意見は、本件事案は中絶禁止が問題となっているわけではない以上、Roe判決を判例変更するか否かを論じる必要はないと述べつつも、「Roe判決を再検討すべき適切な時が来るだろう。それはきわめて慎重に行われるべきであろう」¹⁷⁶と論じた。他方でブラックマンは、「…きわめて不吉な予兆は明らかであり、冷たい風が吹いている」¹⁷⁷とその反対意見を締めくくっている。

その後、1990年にブレナンが、1991年にマーシャルが退任し、後任としてスーターとトーマスが最高裁入りした。そして1992年にPlanned Parenthood v. Casey¹⁷⁸が下された。連邦最高裁は5対4の評決によって、ペンシルヴェニア州法が定める複合的中絶規制のうち、一部を合憲、一部を違憲と判断した¹⁷⁹。オコナー、ケネディ、スーターの3人による共同意見は、「自由は疑いのある法理学のなかに安全地帯を見出しえない」¹⁸⁰という書き出しに始まる。そこでは女性の自律に関するRoe判決の「本質的判示事項（essential holdings）」を維持することが明言され、さらに判例の先例拘束性（stare decisis）に言及しながら、「Roe判決の基本的決定が立脚する憲法上の論証

174 Webster, 492 U.S. at 518.

175 Webster, 492 U.S. at 532 (Scalia, J., concurring in part and concurring in the judgement) .

176 Webster, 492 U.S. at 522 (O' Connor, J., concurring in part and concurring in the judgement) .

177 Webster, 492 U.S. at 560 (Blackmun, J., dissenting) .

178 505 U.S. 833 (1992) .

179 合憲の評価を受けたのは、(a) 24時間以上前のインフォームド・コンセント要件、(b) 未成年者の親権者同意要件（裁判所による代替の同意手続を含む）、(c) 医療機関に課される記録および報告要件、(d) 「医療上の緊急事態」における当該条例上の規制の適用除外について定めた規定である。他方、(e) 中絶を希望する既婚女性に配偶者への事前通知義務を課す規定は違憲と判断された。

180 Casey, 505 U.S. at 844.

は、今なお排斥することができない」¹⁸¹と論じられた。ただし共同意見は、Roe判決のトライメスター枠組みは欠陥を有していると指摘し、新たに不当な負担テストという柔軟な判断基準を採用することを明言した。その上で、母体外生存可能性を有しない胎児の中絶を禁止することは違憲であるが、しかし他方で、中絶を行おうとする女性に情報提供を行うことや、あるいは中絶よりも出産を選択するよう説得を行うことを目的とした規制を導入することは可能であるとも言及した。

以上のようなCasey判決に関して、デヴィンスは、合衆国の中絶政治に妥協点を提供しこれを安定化させたと評価する¹⁸²。つまり同判決は中絶の権利への憲法上の保障を維持しながらも、しかしトライメスター枠組みを捨てることで、中絶の権利が対抗利益による制限を受けうることを明らかにしたのであり、かような発想は世論や民主的政治部門の間で広くコンセンサスを獲得しうるものであった。さらに同判決において争われたペンシルヴェニア州法とそれに対する司法判断は、その後の州法の制定にとってのテンプレートとなり、その限界点を超える法を制定しようという意欲を削ぐ結果となった。

またポスト&シーゲルによれば、Casey判決は中絶をめぐる公共的討議に経路を用意し、これを調停しようとしている¹⁸³。そもそもポスト&シーゲルの見解によれば、そもそも裁判所が下す憲法判断は民主的政治過程や公衆による異議申し立てに対して常に開かれているのであり、それゆえ司法的判断に対するバックラッシュは必ずしも回避されるべきものではなく、むしろ実質的な意味の憲法を形成してゆく契機を有している。かような視角から見たとき、Casey判決は、「政治的論争の火焔なかから憲法の実質がどのようにして出現するのかを例証している」¹⁸⁴。つまり同判決は、中絶をめぐる論争を

181 Casey, 505 U.S. at 869.

182 See Neal Devins, *How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars*, 118 YALE L. J. 1318 (2009) .

183 See Post & Siegel, *supra* note 38, at 425-30.

184 *Id.* at 430.

終わらせようとしているのではなく、むしろこれを憲法の意味をめぐる公共的ディスコースのなかに引き入れ、そして不当な負担テストというプロライフとプロチョイスの両陣営によって承認可能な憲法規範を定立することによって、かようなディスコースを調停しようとしている。その意味において、Casey判決は「ヤヌスの顔」としての性格を有しているとされる。

いずれにせよ、合衆国における中絶をめぐる法と政治のありようは、Casey判決とともにひとつの転換点を迎えることとなったと言える。

(8) バックラッシュのシリアスさに対する疑念

ここまで本節はRoe判決以後における諸アクターの動向を整理してきた。ここで本節を閉じる前に、Roe判決以後の連邦および州の民主的政治部門の動向をどのように意味づけるべきかという点に関して、項目をあらためて論じておきたい。上述のように、Roe判決以後にあっては、州レベルで中絶制限的な州法の制定が相次ぎ、そして連邦レベルにあっては、公的資金助成禁止などを内容とする制限的な連邦法が実現した。バックラッシュ・テーゼが指摘するのは、かような政治的動向を通じて、中絶をめぐるディスコースがエスカレートしていったという点である。しかしながら、以上のような政治的動向が、Roe判決に対するバックラッシュとしてシリアスな意味合いを有していたかどうかについては、なお一考を要すると言うべきである。なぜなら以下に論じるように、Roe判決以後の民主的政治部門の動向のいくつかは、同判決の射程を縮減することを真の狙いとしていたというよりも、むしろ中絶問題に関する決定作成責任を司法部門に委譲することを狙いとしていたと解されるからである。

① 「立法府による司法府への敬讓」

マーク・グレーバー (Mark Graber) は、アメリカ憲法学においてし

ばしば主題化されてきた司法審査の「反多数者主義という難点（counter-majoritarian difficulty）」のテーゼを反転させることを通じて、次のような責任委譲メカニズムを描き出している。すなわち合衆国の二大政党制の下においては、政党リーダーたちは党内の分裂を招きかねない論争的なイシューに関する政策決定を回避し、むしろ決定作成責任を司法に作為的に委譲しようとするのが稀ではない。そしてかような状況において仮に裁判所が積極的な司法審査を行い、民主的政治部門が制定した法令を違憲と判断したとしても、それは民主的政治部門による責任委譲の帰結に過ぎないのであるから、ここにおいて司法審査の「反多数者主義という難点」のテーゼは妥当しない。ここにおいてグレーバーが導入するのが「立法府による司法府への敬讓（legislative deference to the judiciary）」のテーゼであり、このテーゼに照らすことによって上記の責任委譲メカニズムが可視化されうとする。¹⁸⁵

そしてグレーバーが述べるところ、「立法府による司法府への敬讓に関する近年における多くの興味深い事例は、連邦最高裁が中絶を憲法上の権利であると宣言した後に生じている」¹⁸⁶。まず連邦政治にあっては、前述のように、憲法修正案は数多く提出されたもののすべて頓挫し、またいくつかの制限的な連邦法は制定されたものの、その実際上の効果は必ずしも大きくはなかった。さらに中絶問題に関する連邦裁判所の管轄権を制限する法令は制定されなかった。加えて法案審議においては立法記録の作成が回避され、討論も簡略化され、評決がなされないまま棚上げにされることもしばしばであった。法案審議を行う委員会に加わることを拒絶する政治家も珍しくなく、さらにかような委員会にあっては、証人に対して中絶に関する証言を禁止するなどして、議論を行うこと自体を回避する例もあった。他方で州政治にあっては、前述のように中絶制限的な州法が数多く制定された。しかしながら

185 See Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty*, 7 STUDIES IN AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT 35 (1993).

186 Graber, *supra* note 185, at 54. 併せて参照, 見平 [2012]・前掲注8・104-08頁.

レーバーが述べるところ、地方の政治リーダーの多くは、中絶に関する政策形成の責任を一身に背負いたくはないと望んでいた¹⁸⁷。さらに地方の政治リーダーたちは、制定された州法の憲法適合性についてほとんど関心を払わなかった。エヴァ・ルービン (Eva Rubin) が述べるように、中絶規制的な州法の多くは声高なプロライフ・ロビーに応答して制定されたものの、「州の立法者は自らの製造物の憲法適合性についてほとんど関心を寄せておらず、雄鹿を早々に裁判所へと引き渡したがっていたものと見受けられる」¹⁸⁸。すなわち、Roe判決以後の州議会が中絶規制的な州法を数多く制定した真の理由は、裁判所が最終的な決定作成を行う舞台であり続けることを確保するためであったと解されるのである。

かくしてグレーバーは、Roe判決以後の政治的バックラッシュを、論争的なイシューの決定作成責任を免れるための連鎖的な責任委譲メカニズムとして描き出すのである。曰く、

「…裁判官は、単に自ら主導権を行使して『権力の真空を埋めた』のではなく、むしろ支配的な国家レベルの政治連合の有力なメンバーの明示的ないしは黙示的な認可とともに、法を違憲と宣言したのである。そうであるとすれば、その結果として生じた司法的判断が多くの実体的な疑義を含んでいる

187 *Id.* at 58 (「あるひとりの州議会議員は、オハイオ州下院について、『10人の強固なプロチョイスと、10人の強固なプロライフと、この争点がどこかへ消え去ってほしいと考えている79人の議員』と表現していた。別の地方議員も、『この問題について評決を行いたいと考えている者は、周辺的なプレイヤーを除いてわれわれの間には存在しない』と語っていた。ミネソタ州議会に関する調査によれば、中絶政策を州の内部で決定すべきであると考えている者は10%のみであった。調査対象となった下院議員の半数を超える者が、中絶を公共政策上のイシューとすべきではない、あるいは連邦司法府がこの問題を解決すべきであると考えていた。実にミネソタ州の議員は、中絶に関して本会議における評決を押し通そうとしたところ、この争点について立場を公的に表明したくない別の議員から、選挙区における便益の喪失をちらつかせた脅迫を受けた」)。

188 RUBIN, *supra* note 88, at 130. *Also see Id.*, at 145. (「中絶をめぐる政治的混乱は沈静化しておらず、両陣営の活動家は声高で感情的な論争を続けていたものの、しかし1985年までは、闘争はきわめて上手く画定された境界線の内側において発生していた。立法府と裁判所との間を行き戻りつする儀式の踊り (ritual dance) によって、闘争は飼い馴らされ、限局され、そして制限されたのであった。』)。

としても、裁判官は立法府の意思を打ち倒したという点で批判（あるいは賞賛）されるべきではない。いずれの事例にあっても、立法府の意思は、いかなる政策が国土の法であるべきかを決定する責任を、裁判官に負わせようというものだったのだから。」¹⁸⁹

② 「立法府による懈怠」

またスコット・ルミュー（Scott E. Lemieux）& ジョージ・ラヴェル（George Lovell）は、「立法府による懈怠（legislative defaults）」というテーゼを提示している¹⁹⁰。それによれば、Roe判決の以前においても、あるいはそれ以後においても、連邦および州の民主的政治部門は、中絶政策を形成するにあたっての責任を外部の人々にシフトさせるという選択を継続的に行ってきた。その外部とは、第1に医師であり、そして第2に裁判官である。つまり19世紀半ばの治療的モデルの州法やあるいは1960年代後半の「改正」法は、中絶の合法性に関する判断に際しての医師の広範な裁量を認めるものであり、決定作成権限を実質的に医師に委譲するものであった。そしてRoe判決以後にあっては、「民主的政治部門は、司法的判断のインパクトを限定するための最適かつ可能なオプションを実際に追求することよりも、回避と演技にしばしば関心を寄せてきた」¹⁹¹。すなわち前述の各種の連邦法は、「連邦の公的資金助成の問題を除けば、連邦議会が制定した法は、実際に行われる中絶の数を実質的に減少させるために設計されたものではなかった」¹⁹²。また連邦議会は、裁判管轄権やスタンディングに関するコントロール権限を行使し、Roe判決の射程を縮減しようともしてこなかった。かくしてルミュー&ラヴェルは次のように結論づけている。

189 *Id.* at 45-46.

190 *See* Scott E. Lemieux & George Lovell, *Legislative Defaults*, 42 *POLITY* 210 (2010).

191 *Id.* at 235.

192 *Id.* at 236. なお州レベルの政治的動向に関しては、「とりわけ1992年のCasey判決以後にあっては、全体的に言って、州政府のレスポンスは連邦議会のそれよりもきわめてアグレッシヴであったというわけではない」（*Id.* at 238）と論じられている。

「われわれの結論は、中絶に関する司法の行為は一方的な戦いとしては理解しえず、強力な裁判官が制度的に脆弱な立法府を阻止することに成功したというわけではないというものである。中絶政策の形成における裁判官の能力は、立法府による懈怠の事例のひとつとして理解されるべきである。裁判官が中絶に関して最終的な言葉を語っているように見えるのは、裁判所の判決の射程の制限や中絶へのアクセスの減少を可能にするようなさまざまな戦略を、民主的政治部門が追求しないという選択を行ったということに大きくは起因しているのである。」¹⁹³

③示唆

もともと、Roe判決以後の連邦議会と州議会の動向のすべてが、「立法府による司法府への敬讓」や「立法府による懈怠」のテーゼによって説明可能であるとは解されない。例えば州レベルにおけるアクリン市条例の制定（4（6））は、前述のように既存の連邦最高裁判例の枠内で合憲な州法を制定しようとした試みであると解され、単に決定作成責任を州政府が放棄しようとしただけのものと特徴づけるべきではない（その背景に存在したプロライフ漸進主義者に関しては、前述4（5）②を参照）¹⁹⁴。しかしながら、上記の諸テーゼが示唆するのは、Roe判決以後の政治的バックラッシュのありようを理解するに際しては、民主的政治部門の行動の背景にある文脈的要因や制度構造的要因にも目を向ける必要があるということである。かつてジョン・イリイ（John Ely）はRoe判決の実体的デュープロセス理論に対して批判的な議論を展開したが、しかし彼はそれと同時に、Roe判決に関して、「気むずかしいアルバトロスが立法府と行政府の首から切り離されたことへの安堵の

193 *Id.* at 227-28.

194 *Also see* RAYMOND TATALOVICH & BYRON W. DAYNES, *THE POLITICS OF ABORTION* 203 (1981) (「…州レベルの多くの立法者のなかには、この 이슈が公共的アジェンダであり続ける限り、連邦最高裁ではなく州議会が政策を決定する適切な機関であると信じる者も数多く存在した。」)。

ため息が、私には聞こえるように思われる」と述べていた¹⁹⁵。上記の「立法府による司法府への敬讓」や「立法府による懈怠」のテーゼは、かような見立てに例証と理論化を与えるものと解されよう。

5. 若干の考察

ここまで本稿はRoe判決前後の歴史的経過を辿り、バックラッシュ・テーゼに対する批判的検討の動向を整理してきた。以下では本稿のこれまでの記述を整理し総括した上で、そこからいかなる示唆を引き出すことができるのかについて、若干の考察を加えたい。

（1）裁判所中心的な歴史理解の再検討

本稿はここまで合衆国の中絶をめぐる法と政治の歴史について論じてきたが、その記述を整理すれば次の通りである。まずRoe判決の以前にあっては、州レベルの政治における中絶合法化を引き金とするプロライフ・バックラッシュが存在していた。また連邦レベルの政治にあっては、中絶を争点化させようとする動きが共和党のエリートの間で存在していた。しかし1972年大統領選挙において中絶は最終的には争点化されることがなく、連邦議会もRoe判決以前にあってはほとんどアクションをとらなかった。しかしRoe判決以後にあっては、連邦議会において憲法修正案が續々と提出されるようになり、ハイド修正などいくつかの制限的な連邦法も制定された。さらに州レベルの政治にあっては、Roe判決の直後から数多くの中絶規制的な州法が制定された。しかし他方で、1976年選挙までは大統領は中絶の争点化を回避していたのであり、また1970年代末までは連邦議会において中絶というイシューをめぐる二大政党の分断は存在しなかった。さらに1970年代前半までの社会運動勢力は、比較的穏健な性格を有していた。また「立法による司

195 See John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, 82 YALE L. J. 920, 947 (1973) .

法への敬讓」や立法府による懈怠のテーゼによって指摘されていたように、Roe判決以後の政治的バックラッシュの狙いは、司法への決定作成責任の委譲にあったとも解される。かようにRoe判決の以後にあっては、バックラッシュの発生とともに中絶政治のエスカレートと分極化が急激に進行したのではなく、むしろ複合的なアクターの行為の交差を通じてバックラッシュの影響は緩和されたと考えられる。しかしながら、1976年大統領選挙以降の連邦政治における中絶の争点化、1970年代末から80年代にかけての二大政党の性格の変容、社会運動勢力におけるニュー・ライトや宗教右派の伸長、中絶に関する社会集団間の態度の固定化といった、諸アクターの動向の蓄積を通じて、中絶をめぐる法と政治は次第にエスカレートと分極化の様相を呈していった。さらに連邦下級裁判所における司法人事の政治化、司法省の訴訟活動、そして連邦最高裁の人的構成の入れ替わりといった要因を受けて、連邦最高裁のスタンスもCasey判決において修正されるに至る。なおRoe判決以後の世論の安定性や、政党の変容過程に関するイシュー・エボリューション理論の指摘に照らせば、中絶政治の分極化は、人民の態度変化によってボトムアップ的に形成されたのではなく、政治エリートによってトップダウン的に形成されたことが窺われる。

以上のようにRoe判決をとりまく歴史的経過は、Roe判決に対するバックラッシュの高まりという単線的なストーリーではなく、より複線的なストーリーを構成していると言うべきである。すなわちRoe判決の以前から中絶自由化を目指す政治的動向に対する抵抗は顕著であったのであり、さらにRoe判決の以後において分極化が急速に進行していったのではなく、むしろそれは複合的な要因の変化とともに緩慢に推移していった。そしてここにおいてわけても重要なポイントとして指摘すべきは、裁判所以外のアクターの行動とその影響である。グリーンハウス&シーゲルは、従来のバックラッシュ・テーゼの考察視角が裁判所中心的な視点に偏している点を批判し、次のように述べている。

「…『連邦最高裁が原因となった』というバックラッシュ・ナラティブの支配は、法学者や一般公衆をごまかし、アメリカの社会、政治、そして法の歴史の重要な一幕に関するより完全な理解を阻害している。…Roe判決の前後における闘争の歴史が示唆することは、訴訟の可能性と限界を考察するに際しては、法廷の内部のみならず、外部の源泉—その方角とアクターは幾度となく変化しうる—から発生する闘争の動機に着目する必要があるということである。」¹⁹⁶

すなわちRoe判決と中絶政治の分極化との間には、さまざまな要因が複合的に介在しているのであり、かような諸要因の配列と相関のなかにRoe判決を位置づけ直してこそ、合衆国の中絶をめぐる法と政治に対して同判決がもたらしたものが明らかになる。それゆえRoe判決がもたらしたものを理解するに際しては、判決前後の歴史を視野に収めた長期的なタイムスパンをとり、さらに多元的なアクターの変動過程の交差に着目することが求められる¹⁹⁷。確かにRoe判決はそれ自体としてラディカルな内容を有していたのであり、それが中絶の権利の敵対者たちを刺激したことには疑いの余地がない。さらに同判決は法律家共同体やアカデミアからの批判の対象にもなってきたのであり、とりわけトライメスター枠組みの硬直性はRoe判決の抱える理論的難点であったと言うべきである。しかし他方で、中絶をめぐる政治的コンフリクトのエスカレートと分極化は、Roe判決の必然的な帰結であるというわけでもない。むしろそれは、Roe判決前後の政治的・社会的要因の変動とともに、長期的な時間を伴いながら緩やかに形成されていったのである。

196 Greenhouse & Siegel, *supra* note 73, at 2086.

197 かような研究のための方法論として、さしあたり参照、ポール・ピアソン（粕谷祐子監訳）『ポリティクス・イン・タイム』（2010年）。

(2) 司法審査理論が前提とする民主的政治過程像の再検討

もっとも、本稿が批判的考察の対象としてきたバックラッシュ・テーゼは、裁判所以外のアクターの行動（あるいは政治動向や社会情勢といった法にとって外的なファクター）について、まさに目を向けようとした理論であったということも、ここで確認しておくべきであろう。というのも、バックラッシュ・テーゼの支持者の多くが念頭に置いているのは、司法審査の役割を健全な民主主義の促進に求める理論であると考えられるからである（ただし道徳的保守主義の憲法化を容認する立場を除く）。周知のように、司法審査と民主主義の関係をいかに理解するべきかという問題は、アメリカ憲法学において常に主題となり続けてきた¹⁹⁸。革新主義的法学やリーガル・プロセス理論、民主主義的政治プロセス理論、熟議民主主義理論などに代表されるように、この問題に関するアメリカ憲法学の理論的展開は重厚な地層を形成している。そして本稿の主題であるバックラッシュ・テーゼも、その多くがこの理論的地層の上に立脚していると考えられる。つまりバックラッシュ・テーゼの間にあっては、健全な民主主義的政治過程を通じたコンセンサス形成が積極主義的な司法審査によって阻害されてはならないという発想が、おおむね共有されていると解される（もとよりここで言う民主主義の健全性とは何か、および望ましからざる積極主義的な司法審査とは何かといった点に関しては、論者によってその具体的な解答に相違があると考えられる）。かような司法審査理論からすれば、Roe判決は健全な民主的政治過程によるコンセンサス形成を阻害する悪しき判例として理解されることとなる。¹⁹⁹

しかしながら、上記のようなバックラッシュ・テーゼが前提としている政

198 さしあたり参照、松井茂記『司法審査と民主主義』（1991年）、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（2001年）。

199 なお大石 [1997-98]・前掲注6による中絶裁判研究は、サンステインやエスクリッジなどのニュー・リーガル・プロセス理論の知見を摂取し、法形成における裁判所と政治部門との協働と、そのなかにおける司法審査戦略のありように目を向けたものである。

治過程像には、現在では動揺が生じている可能性があるとは言えないだろうか？すなわち政治学においてしばしば指摘されるように、現在のアメリカにおいては政治的分極化の傾向が顕著である²⁰⁰。1930年代から60年代までのアメリカ政治を支えたニューディール・リベラリズムへのコンセンサスは、60年代後半から徐々に動揺し始め、次第に弱体化していった²⁰¹。そしてその後において生じたのがイデオロギー的分極化の進行であり、民主党議員はよりリベラルに、共和党議員はより保守にシフトし、なおかつ党派の結束の強まった政党制が出現している。かような状況は、連邦議会においては立法機能の低下を生んでおり、さらに分割政府の常態化と相俟って政治の行き詰まりが生まれやすくなっている。加えて州レベルにあっては、共和党優位の赤い州と民主党優位の青い州の相違が鮮明化している。

かような視座から見たとき、Roe判決が下された1973年という時代は、リベラル・コンセンサスの時代から分極化の時代への移行が進行してゆく長期的過程のさなかに位置している。そしてバックラッシュ・テーゼが前提としてきた健全な民主的政治過程を通じたコンセンサス形成が、政治的分極化の進行とともに現在においては困難なものとなっているとするならば、Roe判決を見る眼にも変化が必要とされるのではないだろうか？実に分極化時代において求められる司法審査の役割を再定義し、Roe判決を新たな文脈の下で理解しようとする見解が、現在の憲法学説には現れている。例えばデヴィンスは、2010年以降に中絶政治の分極化が急速に進行したことを指摘し、民主的熟議を通じた超党派の妥協が形成される見込みはほとんどなくなってしまったと述べる。それゆえ熟議民主主義理論に立脚する司法ミニマリズム戦略は、現在の中絶問題の置かれた政治的文脈のなかでは有効性を失っていると診断し、むしろRoe判決のようなマキシマリズム的司法審査戦略の再評価

200 さしあたり参照、山本・前掲注111、五十嵐・久保編・前掲注165、西川・前掲注119、松本・前掲注118、廣瀬淳子「アメリカの議会・大統領関係の課題」レファレンス787号57頁（2016年）。

201 さしあたり参照、アメリカ学会編『原典アメリカ史第8巻 衰退論の登場』7-23頁（2006年）[古矢旬執筆]。

を試みている²⁰²。またトーマス・ケック (Thomas Keck) は、政治的分極化の状況の下にあっては、司法は自己抑制戦略よりも超党派的行動戦略をとることが有益であり、かような戦略を通じて人民の多数派に受容されうるようなかたちで積極的な権利保護を図ることが可能であると論じる。その上でケックは、1990年代以降の判例が合衆国の中絶政策に与えてきた影響を長期的な視座から考察し、連邦最高裁による中絶の権利の保護は州による規制の拒否点 (veto point) として機能し、中絶政策を安定化させる作用を有してきたと論じている²⁰³。

現在の中絶政治においてRoe判決が有している意味や、あるいは積極主義的な司法審査が政治的分極化状況に何をもたらしうるのかについて、筆者にはまだ十分に論じる用意がない (これについて論じるためには、アメリカの中絶問題をとりまく現在の状況に関して検討を加え、さらに現在の政治的分極化に関してもより具体的な理解を獲得することが不可欠である)。しかし本稿におけるここまでの検討は、かような司法審査研究の基礎となる民主的政治過程像を再構築するための準備作業としても位置づけられよう。

おわりに

本稿は、Roe判決に関するバックラッシュ・テーゼを考察の対象とし、これに対する批判的再検討の動向を整理してきた。そのなかで本稿は、法学のみならず、歴史学や政治学の知見を積極的に摂取することを試みた。もとより本稿の記述は、合衆国の学説における研究動向を整理したにとどまっておらず、各種の論点に関する具体的な検証や考察に不十分な点が残っているということは否定できない。しかしながら、アメリカにおける政治的分極化は、きわめて規模の大きな現象である。それは時間的な規模が長期にわたって

202 See Devins, *supra* note 2.

203 See THOMAS M. KECK, JUDICIAL POLITICS IN POLARIZED TIMES 240-58 (2014).

るとともに、中絶問題を超えて広く政治的・社会的争点を包摂しているという点で領域横断的でもある。かような変容過程のなかに中絶問題とRoe判決をどのように位置づけるべきかを考察するに際しては、法学のみならず、隣接領域における研究が教えるところが大きい。司法審査研究や中絶裁判研究における分野間の越境はすでに進展を見せているが、かような動向にわずかなりとも寄与することができれば、本稿のささやかな目的は達せられたと言ふべきであろう。

※本稿の執筆に際して、2017年12月16日に関西憲法判例研究会（同志社大学）において報告の機会を頂戴した。貴重なコメントを下された参加者の皆様にあらためて深く感謝したい。

※本稿の執筆に際しては、科研費（基盤（C）17K03355）の助成を受けている。