

アメリカ中絶判例の政治的文脈

黒澤 修一郎

島大法学第67巻第1・2号抜刷〔論説〕

2024年3月

アメリカ中絶判例の政治的文脈

黒澤 修一郎

目次

はじめに

- 1 中絶分野の判例と政治の展開
- 2 中絶の政治的争点特性
- 3 Roe判決の安定性を形成した政治的要因
- 4 Dobbs判決の政治的文脈

おわりに

はじめに

すでに広く知られているように、2022年6月24日に下されたDobbs v. Jackson Women's Health Organization¹において、アメリカ連邦最高裁は、人工妊娠中絶分野の判例を変更し、50年近くにわたって維持されてきた中絶の権利の憲法上の保障に終止符を打った。1973年に下されたRoe v. Wade²は甚だしい誤りであったとされ、胎児の母体外生存可能性獲得時（妊娠22-24週前後）以前は女性は中絶の権利を有するというRoe判決の核心部分となる法命題は捨て去られた。判例変更を支持したのは5名の保守派であり、サミュエル・アリート裁判官が執筆した多数意見には、クラレンス・トーマス、ニール・ゴースッチ、ブレット・カバノー、エイミー・コニー・バレット

※本稿で参照したインターネット記事はいずれも2024年1月31日最終閲覧である。

1 597 U.S. __, 142 S.Ct. 2228 (2022).

2 410 U.S. 113 (1973).

ト各裁判官が賛同した。同じく保守派の一員とされるジョン・ロバーツ長官は、争われた州法（妊娠15週以後の中絶禁止を定めるミシシッピ州法）に合憲判断を下すに際して判例変更の必要はないとする同意意見を執筆した。3名のリベラル派（スティーブン・ブライヤー、ソニア・ソトマイヨール、エレナ・ケイガン各裁判官）は反対意見の側に回り、中絶の権利の保障を維持すべきとした。Dobbs判決は、5月に判決文の草稿が何者かによりリークされた点でも注目を集めた。同判決の射程や今後の中絶法制に対する司法審査のあり方などに関して、学説で議論が進められているところである³。

Dobbs判決で判例変更がなされた要因として、司法人事の党派化と、その結果として形成された連邦最高裁における保守派の明確な優位があることは明らかである。政治のイデオロギー的分極化（ideological polarization）の影響は司法人事にも強く及んでおり、近年では、大統領による候補者指名では保守カリベラルかが重視され、上院承認手続でもほぼ政党所属に沿った投票が行われている。1980年大統領選で勝利したロナルド・レーガンに象徴されるように、共和党政権はRoe判決に対する批判的態度をたびたび公言してきた。そして、Roe判決からDobbs判決までの間に、共和党大統領は12名の連邦最高裁裁判官を任命し（陪席裁判官の長官昇任を含む）、5名しか任命しえなかった民主党大統領と比べてはるかに機会に恵まれた。とりわけ2020

3 Dobbs判決に関する先行研究として、参照、樋口範雄「妊娠中絶をめぐるアメリカ最高裁判決を読む」世界2022年9月号74頁、見平典「アメリカ連邦最高裁判所による中絶判例の全面変更」法時94巻10号1頁（2022年）、小林直三「妊娠中絶の権利をめぐる米国連邦最高裁判決の展開」法セミ815号43頁（2022年）、中曾久雄「アメリカにおける中絶規制の転換点」愛媛大学教育学部紀要69巻167頁（2022年）、小竹聡「合衆国最高裁判所による中絶判例の変更」ジュリ1579号105頁（2023年）、小竹「政治的分極化の中のロバーツ・コートと2022年6月24日中絶判決」中村民雄編『多様化するアメリカと合衆国最高裁判所』（成文堂、2023年）87頁、大林啓吾「妊娠15週以降の中絶を原則禁止したミシシッピ州法が中絶の権利を侵害するかどうかにつき、中絶の権利を認めた判例を変更し、中絶の権利を否定した事例」判時2550号100頁（2023年）、菅谷麻衣「合衆国最高裁に対する不信とその行方」憲法研究12号177頁（2023年）、上田宏和「中絶規制の判断枠組みに関する合衆国最高裁判所の迷走」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑩多様化する社会と憲法学』（敬文堂、2023年）3頁、高井裕之「〔中絶の権利の否定〕Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 597 U.S. __, 142 S. Ct. 2228 (2022)」アメリカ法2023-1号1頁（2023年）。

年のルース・ベイダー・ギンズバーグ裁判官の死去と、それを受けたドナルド・トランプ前大統領によるバレット裁判官の任命により、連邦最高裁は保守派6名、リベラル派3名となり、明らかな保守派優位の構図が形成された。これにより、保守派のなかでも中道寄りの行動をとる傾向があるロバーツ長官が決定票を失い、原意主義（originalism）に基づく憲法解釈を基調とする保守派5名による多数派形成が可能となり、Dobbs判決が下されたのである（なお、典型的な原意主義が制憲者意思や憲法制定当時の一般的理解に基づく憲法解釈を志向する一方で、Dobbs判決は中絶の権利の保障を否定するに際して歴史と伝統を強調する立論をとったという点で特徴がある。さしあたり、本稿ではこの点に関する詳細には立ち入らず、Dobbs判決は、原意主義を基調としながら、これを補強するものとして歴史と伝統に関する論証を展開したという理解をとる）。⁴

もっとも、連邦最高裁の保守化は、長期的な時間をかけて形成されてきた現象である。例えば、1990年代には連邦制の分野⁵で、2000年以降は精神的自由・投票権・銃規制などの分野⁶で、すでに保守的な内容の判決が下されてきた。そうしたなか、中絶分野では、1973年にRoe判決が下されてから2022年に判例変更がなされるまで、50年近くも判例の安定性が保たれてきた。1992年のPlanned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey⁷において、Roe判決の判例法理が一部修正されたが、その核心部分は維持さ

4 参照、黒澤修一郎「アメリカ政治の分極化が連邦最高裁判所に与える影響と司法審査理論の動向に関する序論的考察」只野雅人＝佐々木雅寿＝木下和朗編著『統治機構と対抗権力』（日本評論社、2023年）279頁。

5 See e.g., *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)（学校付近で銃の所持を禁止した連邦法を州際通商条項違反とした）。

6 See e.g., *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010)（選挙運動における法人の支出規制を言論の自由違反とした）；*Janus v. AFSCME*, 585 U.S. ___, 138 S. Ct. 974 (2018)（先例を変更し、労働組合非加入者からの強制的な負担金徴収を結社の自由違反とした）；*Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013)（人種差別是正を目的として設けられた1965年投票権法の事前審査対象地域に関する規定を無効とした）；*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)（銃所持の権利の憲法上の保障を認めた）。

7 505 U.S. 833 (1992).

れ、中絶の権利の憲法上の保障は継続された。Roe判決は、保守派勢力による厳しい批判にさらされながらも、先例としてのかなりの安定性を保ってきたのである。それがDobbs判決で覆されたわけだが、こうした中絶分野の判例の進路はいかにして形成されてきたのか。

本稿は、中絶判例の展開の形成要因を理解するためには、上述のような政治的分極化が司法人事を通じて連邦最高裁に与える影響について一般的に論じることに加えて、中絶分野の固有の要因に目を向ける必要があると考える。とりわけ、政治的分極化が進行するなかで、中絶問題は、共和党にとって両義性を有する争点となってきた。すなわち、中絶問題は、一方では、政治的分極化が進行する過程で、共和党が宗教右派などを自らの陣営に囲い込むための「旗印」のひとつとして機能した。他方で、中絶という争点は、経済・外交・安全保障などの非社会文化的争点を理由に共和党を支持する広範な政治勢力の間に亀裂を生じさせる「くさび」にもなりかねないものであった。このように「旗印」にも「くさび」にもなりうるという両義的な争点特性を背景として、Roe判決の変更に向けた共和党政治リーダーの行動は、強硬になった場合もあれば、それが和らいだ場合もあった。そして、強硬な行動は時に失敗する場合があったほか（1987年のボーク任命拒否など）、中絶問題の「くさび」としての側面を恐れて、共和党の行動は穏健化する場合があった（Roe判決を覆す内容の憲法修正や連邦法の不成立、司法判断に対する共和党大統領のステートメント、共和党政権下の連邦司法省の訴訟参加のありようなど）。こうした共和党の行動は、後述するように、連邦最高裁が司法判断を下すに際しての政治的文脈を提供し、ひいては判例の展開に一定の影響を与えたと考えられる。特に、Roe判決が長期的安定性を獲得するに際して、上記のような政治的文脈はそれを補強するように作用した。そして、Dobbs判決における判例変更についても、上記のような視座をとることにより、中絶判例の安定性を補強するよう作用した政治的文脈のうち、何が変化し、何が変化していないのかに焦点を合わせた分析が可能となる。

以上のような視座から考察を進めるにあたって、本稿は次の2つの理論を

方法論として主に用いる。

第1に、政治レジーム理論（regime politics theory, political regime theory）である⁸。この理論は司法政治学の一潮流であり、司法審査のありようをその政治的基盤との連関に着目して考察する点に特徴がある⁹。ここで言う政治的基盤には、様々な政治アクター（議会、執政部、政党、政治家、利益集団、世論など）が含まれ、なおかつそれらが組み合わさって形成される政治連合（political coalition）が含まれる。この理論の端緒とされるのは1957年のロバート・ダールの論文であり、そこでは連邦最高裁と連邦政治の政策的立場の調和が指摘され、連邦最高裁は実際には多数者主義的機関であると論じられた¹⁰。もっとも、現在では、司法府と政治アクターの間のより複雑な相互作用に目を向けた分析が提示されるようになってきているほか、どのアクターが裁判所に強い影響を与えるのかについても議論がある。また、その方法論も一様でない（計量的研究もあれば定性的研究もある）。しかし、レジーム理論は、司法審査の「反多数者主義の困難（counter-majoritarian difficulty）」の問題定式を相対化し、司法過程と政治過程の間の相互作用や構造的関係に目を向けることを可能にする点で有益であると考えられる。

第2に、社会運動と法の理論である¹¹。これは市民運動団体や利益団体などによる社会運動が判例や法制度などの形成に与える影響に焦点を合わ

8 参照、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』（成文堂、2012年）、棚瀬孝雄編『司法の国民的基盤』（日本評論社、2009年）、梅川健「アメリカの政治と司法」法教510号62頁（2023年）。

9 See generally, Howard Gillman, *Courts and the Politics of Partisan Coalitions*, KEITH E. WHITTINGTON eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS* (2008) Ch. 37; J. Mitchell Pickerill & Christopher Brough, *Law and Politics in Judicial and Supreme Court Decision Making*, ROBERT M. HOWARD & KIRK A. RANDAZZO eds., *ROUTLEDGE HANDBOOK OF JUDICIAL BEHAVIOR* (2018) Ch.2.

10 See, Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy*, 6 *JOURNAL OF PUBLIC LAW* 279 (1957).

11 See, generally, Mark Tushnet, *Social Movements and the Constitution*, TUSHNET eds., *THE OXFORD HANDBOOK OF THE U.S. CONSTITUTION* (2015) Ch.12; Tomiko Brown-Nagin, *The Constitution, the Law, and Social Change*, KAREN ORREN & JOHN W. COMPTON eds., *THE CAMBRIDGE COMPANION TO THE UNITED STATES CONSTITUTION* (2018) Ch.15.

せるアプローチである。中絶問題に関して言えば、プロライフの運動勢力として、NRLC (National Right to Life Committee) やAUL (Americans United for Life) などの利益団体や、宗教右派(福音派など)を挙げることができ、いずれも共和党との結びつきが強い。また、保守派法律家運動(conservative legal movement)は、Dobbs判決の形成要因を理解する上で看過できない存在である。他方、プロチョイス運動勢力にはフェミニストやリベラル派権利擁護団体が含まれ、いずれも民主党との結びつきが強い。本稿は、中絶問題に関する政党の行動や連邦最高裁判官の判決行動について中心的に論じるため、それと関連性を有する社会運動勢力の動向を適宜扱う。

以上の通り、本稿は、政治レジーム理論と社会運動理論の方法論を用いて、政治的・社会的アクターの複合的な変動過程が、司法人事や裁判官の判決行動にどのような影響を及ぼし、ひいては中絶判例の展開にいかん作用したのかについて考察を示したい¹²。もとより、個々の判例の形成要因は複雑であり、なおかつ裁判官の行動の背景にある動機を突き止めることは困難であることから、政治的・社会的アクターの行為が判例の行方を決定づけたとまで論じることは難しい。実に、政治レジーム理論の論者であっても、政治的要因が司法判断を一方向的に形成するという単純な論理をとることは困難であると指摘されており¹³、同様のことは社会運動と法の理論にも言えるであ

12 代表的な先行研究として、多元的なアクターによる動態的な憲法秩序形成という視点から中絶判例の展開を描くものとして、見平典「現代アメリカにおける法部門の動態と展望」川崎政司・大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望』(尚学社、2016年)79頁、中絶判例の形成における裁判所と政治部門の交差に目を向けたものとして、大石和彦「憲法裁判における原理と政治(1)～(3・完)」法学61巻3号85頁(1997年)、61巻4号34頁(1997年)、62巻3号85頁(1998年)、アメリカの中絶問題をめぐる法と政治に関する網羅的な研究として、小竹聡『アメリカ合衆国における妊娠中絶の法と政治』(日本評論社、2021年)などがある。法学の外部の研究者による業績として、参照、荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会』(岩波書店、2012年)[初出は2001年]、緒方房子『アメリカの中絶問題』(明石書店、2006年)。本稿筆者による業績として、参照、黒澤修一郎「Roe判決とバックラッシュ・テーゼ(1)～(2・完)」島大法学61巻1・2号1頁(2017年)、62巻1号55頁(2018年)(同論文ではRoe判決前後からCasey判決までの時期を主に扱った。本稿は、同論文の問題意識を引き継ぎながら、扱う時期をDobbs判決まで拡大し、なおかつ記述内容の整理・修正を行い、考察を進めたものである)。

13 See, Thomas M. Keck, *Party Politics or Judicial Independence? The Regime Politics*

ろう。また、裁判法理や法解釈方法論などに着目した伝統的な法学的分析の重要性を、本稿はいささかも否定するものではない。しかし、中絶問題を取りまく政治的・社会的アクターの交差のなかに判例の展開を位置づけることにより、個々の事例で裁判官が行動戦略を選び取るに際しての背景をなす政治的・社会的構造を描き出すことが可能となる。このような視座は、伝統的な法学的分析を補完し、裁判官の思考過程のありようを理解するための一助となろう。

本稿の構成は次の通りである。まず、Roe判決からDobbs判決までの中絶分野の判例の動きと、その背景にある政党政治の展開について、概略的に整理する（1）。次に、現代アメリカ政治における中絶問題の争点特性について考察を示す（2）。そして、Roe判決が先例として安定性を獲得した背景にある政治的形成要因について考察する（3）。その上で、Dobbs判決がいかにして形成されたのかについて、上記のRoe判決の安定性を形成した政治的要因の変化の有無に着目しながら論じ、Dobbs判決後の中絶政治についても考察を示す（4）。

1 中絶分野の判例と政治の展開

まず、1973年のRoe判決の前後から2022年のDobbs判決までの中絶分野の主要な判例の展開と、それをとりまく政党政治のありよう（大統領選挙および連邦議会選挙の結果、連邦法の動向、大統領の行動、連邦最高裁判官人事、連邦司法省の訴訟活動、州法の動向など）について、概要を整理したい。¹⁴

Literature Hits the Law Schools, 32 LAW & SOCIAL INQUIRY 511 (2007), at 513 (「ダール以来の政治レジーム研究の根本的な弱みは、外在的な政治的圧力の影響力を過大評価し、そこから裁判官の実際の決定が不可避であったと帰結し、ひいては連邦最高裁による相対的に独立した制度的行為の可能性を無視する傾向がある点である。」)。

14 英語による比較的新しい文献で、中絶をめぐる法と政治の概要を描いたものとして、参照、N. E. H. HULL & PETER CHARLES HOFFER, ROE V. WADE, 3rd ed. (2021); MARY ZIEGLER, ABORTION AND THE LAW IN AMERICA (2020) (hereinafter referred as ZIEGLER [2020]); ZIEGLER, REPRODUCTION AND THE

(1) Roe判決の前後から1970年代終わりまで

アメリカでは、19世紀前半までは、多くの州で、胎動が知覚される時期(妊娠16-18週)以後の中絶が禁止されていたが、あまり厳格には執行されず、実態として女性は中絶を広く行いえた。19世紀後半以降になると、治療学モデル(therapeutic model)の州法が広がりを見せ、中絶を原則的に違法とするが、例外的に医師が女性の生命・健康を保護するために必要と判断する場合には合法とするという内容の規制が一般的なものとなった。そして1960年代後半以降になると規制の緩和または廃止が進展をみせた。1967年のコロラド州の法改正を端緒として、複数の州で規制が緩和され、レイプや近親相姦による妊娠の場合などにおける中絶が合法化された。1970年には4つの州で中絶禁止が廃止された。他方、1971-72年に至ると、中絶禁止の廃止を目指す運動は逆風にさらされた。例えば、ニューヨーク州では、1970年に中絶禁止が廃止されたが(州議会下院でわずか1票差で可決された)、しかしカトリック教会などからの反発を招き、1972年には州議会が中絶禁止を復活させる法改正を可決したが、州知事の拒否権行使によって踏みとどまった。以上の通り、1960年代後半から1970年代初めの時期は、複数の州で中絶禁止の緩和または廃止が実現したものの、それに対する政治的抵抗も強まっていた。¹⁵

こうしたなか、1973年にRoe判決が下され、中絶の権利が憲法上保障され、なおかつ基本的権利(fundamental rights)として強い司法的保護が及ぶことが認められた。多数意見を執筆したハリー・ブラックマンは、判断枠組みとして、妊娠期間を3分割するトライメスター枠組みを提示した。第1期は中絶は禁止されてはならず、ほかの医学的治療と同様の規制のみが許される。出産よりも中絶の方が女性にとって危険となる第2期は、女性の健康

CONSTITUTION IN THE UNITED STATES (2022) (hereinafter referred as ZIEGLER [2022])。また、アメリカ政党政治史に関して、さしあたり参照、岡山裕『アメリカの政党政治』(中公新書、2020年)、久保文明『アメリカ政治史』(有斐閣、2018年)、久保文明=岡山裕『アメリカ政治史講義』(東京大学出版会、2022年)。

15 さしあたり参照、黒澤・前掲注12・(1) 17-26頁。

の保護と合理的な関連性を有する規制は認められるが、中絶の禁止は許されない。胎児が母体外生存可能性を獲得する第3期は、胎児の生命はやむにやまれぬ利益（compelling interest）として位置づけられ、女性の生命・健康を保護するために必要な場合を除いて、政府は中絶を禁止しうる。この判断枠組みの下で、母体の生命を救うために行われる場合を除いて中絶を禁止するテキサス州法が、7対2の票で違憲と判断された。

Roe判決が下された後の州政治の反応として、数多くの中絶規制が制定された。明らかにRoe判決に違背する極端な例もあったが、裁判所により無効と判断された。多くの州では、中絶サービスを提供する施設の制限や、親権者同意要件、記録保存義務、公的資金助成の制限などが定められた。¹⁶

連邦議会では、Roe判決を覆す内容の憲法修正案が数多く提出された。その内容としては、中絶規制につき州政府の広い裁量を認める州権修正案（States' Rights Amendment）や、胎児の生命権の保障を定める人間の生命修正案（Human Life Amendment）がある。しかし、ジェシー・ヘルムズ上院議員（共和党）やジェームズ・バックリー上院議員（ニューヨーク州保守党〔共和党内の保守派が分裂して結成された政党〕）が提出した人間の生命修正案は、上院で審理されたがいずれも不成立に終わった。成立した連邦法としては、1976年制定のハイド修正が重要であり（フォード大統領による拒否権行使を連邦議会が覆して制定された）、メディケイド（低所得者向けの公的医療保険）の中絶への支出が禁じられた。

大統領の動きとして、Roe判決当時の大統領であった共和党のリチャード・ニクソンは、政局的見地からRoe判決や上記の憲法修正案への積極的な態度表明を回避したと指摘される¹⁷。ウォーターゲート事件後に大統領職を引き継いだジェラルド・フォードは、1976年大統領選挙に際して、経済的事情やライフスタイルなどを理由として行われる中絶（「選択的中絶（elective abortion）」または「望みどおりの中絶（abortion on demand）」などと呼ば

16 さしあたり参照、黒澤・前掲注12・（2）82-85頁。

17 See, KEVIN J. MCMAHON, NIXON'S COURT (2011) at 172-79.

れる) 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。他方、共和党内の対抗馬であったロナルド・レーガンは、胎児の生命権を保障する憲法修正案を支持した。結果的にはフォードが共和党候補者に選ばれたが、共和党の政策綱領 (platform) には人間の生命修正案への支持が明記された¹⁸。民主党候補者のカーターは、キリスト教再生派 (born-again Christian) としての信仰から個人的には中絶に反対したが、しかし上記の憲法修正案についてはあいまいな態度をとった。最終的にカーターが勝利したが、中絶問題は実際の票の行方にはさしたる影響を与えなかった。このように、1970年代は、大統領選挙で中絶が政治的争点としての顕著性を徐々に増していったが、しかし中絶に関して強硬で一貫した態度をとる候補者は両党の主流にはならなかった。¹⁹

司法人事に目を向ければ、1975年、フォード政権の下で、ウィリアム・ダグラスに代わってジョン・ポール・スティーブンズが任命された。ダグラスはRoe判決で多数意見を支持したりベラル派であり、スティーブンズは、任命時は中道寄りの保守と目されていたが、就任後はリベラルな判決行動をとった²⁰。ゆえにこの人事は連邦最高裁のイデオロギー的構成に大きな変化を与えず、結果として、1970年代の判例はRoe判決の法理を維持し続けた²¹。

(2) 1980年大統領選挙からCasey判決まで

①レーガン政権1期目

1980年の大統領選挙では共和党のレーガンが勝利を収めた。共和党は上院

18 この1976年選挙以降、共和党の政策綱領には反中絶の立場が継続的に明記されるようになった。もっとも、大統領選挙に際して示される両党の政策綱領は、党内の多様な政策的立場を盛り込んだものになりがちであり、政党内の支配的な立場を必ずしも示すわけではないことには注意を要する。

19 See, e.g., BARBARA HINKSON CRAIG & DAVID M. O'BRIEN, ABORTION AND AMERICAN POLITICS (1993) at 157-169.

20 See e.g., HENRY J. ABRAHAM, JUSTICES, PRESIDENTS, AND SENATORS, 5th ed. (2008) at 256-262; DAVID ALISTAIR YALOF, PURSUIT OF JUSTICES (1999) at 125-132.

21 See e.g., Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976).

で26年ぶりに多数派を確保したが、下院では民主党が多数となり、分割政府となった（1982年中間選挙でも同様の状態が継続した）。

レーガンは大統領選で徹底した保守路線を打ち出し、経済面には大幅な減税と規制緩和を、外交面ではタカ派の軍備強化路線を、そして社会文化的争点に関しては伝統的価値観の実現を支持した。中絶に関して、レーガンは強硬な反対派の立場をとった。大統領選の共和党政策綱領はレーガンの意向を強く反映し、胎児の生命権を保障する憲法修正への支持や、連邦司法人事における「人間の生命の神聖性」を尊重する人物の任命などが明記された。

しかし、レーガンの1期目にあっても、連邦政治において中絶禁止が実現することはなかった。1981年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、通常の連邦法によってRoe判決を覆すことを試みるものであったが、不成立に終わった。憲法修正を目指す動きとして、オリン・ハッチ上院議員（共和党）が提出した州権修正案や、トーマス・イーグルトン上院議員（民主党）が提出した「中絶の権利は憲法上保障されない」と謳う修正案などがあったが、いずれも不成立となった。

連邦最高裁人事に目を向ければ、レーガン1期目における任命は、1981年のサンドラ・デイ・オコナーのみであった。レーガンは選挙戦のなかで史上初の女性裁判官の任命を公約していた。オコナーはイデオロギー的には保守寄りの穏健派であった。アリゾナ州議会議員時代に中絶禁止の廃止に賛成票を投じた経歴を有すると報道されたことから、プロライフ運動団体は彼女の任命に反対した。上院公聴会で、オコナーは、個人的には中絶は好ましくないと述べたが、裁判官として中絶問題をどのように判断するかについては明言を避けた。このような経緯で進められたオコナーの任命は、Roe判決を覆すための強硬な司法人事であったとは言い難い。²²

そのオコナーが就任後に中絶問題に関する見解を示したのが、1983年のAkron v. Akron Center for Reproductive Health²³であった。この判決では

22 See e.g., NANCY MAVEETY, JUSTICE SUNDRA DAY O'CONNOR (1996) at 11-23.

23 462 U.S. 416 (1983).

オハイオ州の複合的な規制（施設要件、インフォームドコンセント要件、待機時間要件など）が6対3の票で違憲と判断された。オコナーは反対意見を執筆し、Roe判決のトライメスター枠組みは医療の進歩ともに時代遅れになることを免れないとし、これに代えて、規制が中絶の権利に不当な負担（undue burden）を与えるか否かというテストを妊娠時期にかかわらず適用すべきとした。なお、Akron事件にアマカス・キュリエとして参加した連邦司法省訟務長官のレックス・リーも、口頭弁論では、Roe判決の判例変更を求めずに、不当な負担テストの適用を支持していた²⁴。

②レーガン政権2期目

1984年の大統領選挙ではレーガンが再選を遂げた。連邦議会上院は共和党、下院は民主党が制した。

2期目のレーガン政権の頃には、憲法修正や連邦法を通じてRoe判決を覆そうという動きは収まりを見せていた。この時期の連邦レベルの中絶政策の動向としては、いずれも行政レベルの規制として、1984年の「グローバル・ギャグ・ルール」（家族計画の一環として中絶を推奨する国際NGOへの財政支援禁止。「メキシコシティポリシー」とも呼ばれる）²⁵、1988年の「ドメスティック・ギャグ・ルール」（公衆保健サービス法10章（Title X of Public Health Services Act）の適用方法を変更し、中絶に関するカウンセリングを行う医師は連邦レベルの公的資金助成を受給できないとした）²⁶などがある。

他方、この時期の連邦政治における重要な変化として、連邦司法省の保守化がある。1985年、司法長官に保守強硬派のエドウィン・ミース3世が就任した。ミースは、憲法解釈方法論として原意主義を支持し、中絶についてはRoe判決の変更を支持するなど、現代アメリカの保守派法律家思想

24 See, HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 217-218.

25 その後、グローバル・ギャグ・ルールは、大統領選挙で民主党が勝利すると廃止され、共和党が勝利すると復活するという形で、廃止と復活を繰り返している。

26 ドメスティック・ギャグ・ルールは、1993年にクリントン政権下でいちど廃止された。その後、トランプ政権下で復活したが、バイデン政権下で再び廃止された。

を典型的に体现する人物であった。また、1985年に訟務長官のリーが辞任し、後任にチャールズ・フリードが任命された。上述のように、リーはAkron事件でRoe判決の変更を求めなかったが、この行動は共和党内の保守派から批判を招いた。後任のフリードは、*Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*²⁷の審理に参加し、Roe判決を「法的不安定性の源泉」と辛辣に批判して判例変更を求めた（後述のWebster事件でも同様の主張を行った）²⁸。また、レーガン政権は、フェデラリスト協会（Federalist Society）の人材を司法省や大統領府の要職に起用した。同協会は、1982年に法律系学生団体として結成されたが、後に規模を拡大していき、保守派法律家エリートの育成・選抜過程の中心的組織へと展開していく。このような経緯を通じて、レーガン2期目の共和党は、保守派法律家運動との結びつきを強めていった。

さらに、司法人事のイデオロギー化が強まったのもこの時期であった。1986年、ウォレン・バーガー長官の引退を受けて、レーガンは、ウィリアム・レーンキストの長官昇任指名とともに、空席へのアントニン・スカリアの指名を発表した。レーンキストは、Roe判決で反対意見の側に立ち、その他の事例でも保守的な判決行動をとっていたため、リベラル派のエドワード・ケネディ上院議員などから、メインストリームから外れた極端派を長官に昇任させるべきではないとの批判を受けた。上院承認の際の票は65対33であり、それまで承認された連邦最高裁裁判官で最も多い反対票が投じられた。他方、スカリアは原意主義のチャンピオンであり保守派の代表格であったが、初のイタリア系アメリカ人の任命であり、法律家としての能力・経歴も申し分なかったことなどから、上院では全員一致で承認された。スカリアの任命は、連邦最高裁のイデオロギー・バランスを保守の方向に一歩動かす

27 476 U.S. 747 (1986).

28 See, e.g., LEE EPSTEIN & JOSEPH F. KOBYLKA, *THE SUPREME COURT AND LEGAL CHANGE* (1992) at 252-260.

意味を有した。²⁹

1986年の中間選挙では、民主党が上下両院で多数派を獲得し、共和党は上院での多数派を失った。1987年、ルイス・パウエル（中道派のスウィング裁判官であり、Roe判決では多数意見を支持した）が引退を表明し、その後任としてレーガンが指名したのがロバート・ボークであった。保守派法律家の大物であり、原意主義の一貫した支持者であるボークの指名は、レーガン政権によるRoe判決の変更を狙ったまさしく強硬戦略であった。上院公聴会でもボークは保守強硬派としての立場を隠さなかったため、承認過程は政治的闘争の場となった。上院は42対58の票で彼の承認を否決した。承認に賛成票を投じた民主党議員は2名、反対票を投じた共和党議員は6名であった。ボークの承認拒否には上院承認手続の党派化の兆しが見て取られる。次に指名されたダグラス・ギンズバーグはマリファナ騒動により辞退を余儀なくされ、最終的にアンソニー・ケネディが任命された。連邦控訴裁在任時は保守寄りの穏健派としての判決行動をとり、上院司法委員会からもオープンマインドな人物との評価を受けたケネディは、上院本会議で満票で承認された。ケネディの就任により、連邦最高裁では保守強硬派による多数派形成が遠のき、中道派が決定票を握る状況が形成されていくことになる。³⁰

③G・H・W・ブッシュ政権

1988年大統領選挙では共和党のジョージ・H・W・ブッシュが勝利した。連邦議会では上下両院で民主党が多数派を制し、1990年中間選挙でも同様であった。

ブッシュは、元来、イデオロギー的には穏健派であり、中絶問題に関して、連邦下院議員時代の1971年には中絶の権利を支持する発言をしていた。1980年大統領選挙で共和党候補者の座をレーガンと争った際には、胎児の生命権を定める憲法修正に反対の立場をとった。しかし、1988年選挙では、

29 See. e.g., ABRAHAM, *supra* note 20, at 275-279; YALOF, *supra* note 20, at 142-155.

30 See. e.g., ABRAHAM, *supra* note 20, at 281-285; YALOF, *supra* note 20, at 155-167.

ブッシュは宗教右派の票の獲得を狙いとしてレーガン政権の保守強硬戦略を踏襲し、中絶に刑事罰を科すべきと選挙戦のなかで明言し、大統領就任後もRoe判決の判例変更を支持すると述べた。³¹

1989年、連邦最高裁はWebster v. Reproductive Health Services³²を下し、ミズーリ州の規制（中絶サービスを提供する医師などへの公的資金助成禁止、妊娠20週以降の中絶に対して胎児の母体外生存可能性の検査を要求するなどの内容）を5対4の票で合憲とした。レーンキスト相対多数意見（ホワイト、ケネディが同調）は、Roe判決の明示的な変更は行わないと宣言しつつも、トライメスター枠組みを破棄するとともに、中絶の権利は基本的権利ではないとし、胎児の生命は妊娠の全段階を通じてやむにやまれぬ利益として位置づけられると述べた。スカリアはRoe判決の明示的な判例変更を行うべきとの立場をとった。オコナーは同意意見を執筆し、争われた州法は中絶禁止ではなく手続的規制や助成禁止であったことから、合憲判断を下すに際してRoe判決を変更する必要はないとした。ただし、オコナーは、Roe判決を再検討するにふさわしい時が到来したならば、それは慎重になされなければならないと述べた。Webster判決は連邦最高裁におけるRoe判決に対する否定的評価の高まりを窺わせた。

1990年、リベラル派裁判官の代表格であったウィリアム・ブレンナンが引退し、後任としてデイビッド・スーターが指名された。スーターは比較的無名の存在であり、司法哲学など不明な点が多かったことから「ステルス候補者」と評された。この指名はボーク論争のような政治的闘争を回避しながら保守派を任命することを狙いとしていたと解される。スーターは公聴会で穏健な答弁に徹したこともあり、上院は圧倒的多数で承認した。スーターは、任命時は中道寄りの保守派とみなされていたが、しかし就任後は時間の経過とともにリベラル寄りの判決行動をとったため、結果的にこの人事は連邦最

31 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 242-243; CRAIG & O'BRIEN, *supra* note 19, at 191-192.

32 492 U.S. 490 (1989).

高裁のイデオロギー・バランスをさほど変化させなかった。続く1991年、サーグッド・マーシャルが引退し、その後任としてクラレンス・トーマスが指名を受けた。黒人席が維持された格好だが、イデオロギー的には正反対であり、公民権運動の闘士であったマーシャルに対して、トーマスは保守強硬派であった。前年に任命されたスーターが中道寄りの行動をとり、それに共和党内の保守派が不満を持ったことがトーマス指名の背景にあるとされる。トーマスはわずか1年しか裁判官としての経験がなかったことなどから、アメリカ法曹協会（ABA）による事前評価では、「十分に適格（well qualified）」とした委員は一人もいなかった。公聴会ではセクハラ疑惑も取りざたされた。上院での承認は52対48という僅差であった。トーマスの任命により、連邦最高裁は保守の方向へとまた一步傾いた。³³

そうしたなか、1992年6月、Casey判決が下された。オコナー、ケネディ、スーターの3名による共同意見（joint opinion）は、先例拘束性を強調した上で、Roe判決の核心的判示事項を維持するとし、(a) 胎児の母体外生存可能性獲得時以前は女性は中絶を行う権利を有すること、(b) 母体外生存可能性獲得時以後は、母体の生命および健康の維持に必要な場合を除いて、州は中絶を禁止しうること、(c) 女性の健康の保護と胎児の生命の保護は、妊娠の最初の時点から州の正当な利益であることを確認した。他方、Roe判決が採用した厳格審査とトライメスター枠組みについては硬直的に過ぎるとして破棄し、新たに不当な負担テスト（undue burden test）を採用した。この基準によれば、規制が「母体外生存可能性を有しない胎児の中絶を求める女性の行く手に実質的障害（substantial obstacle）をもたらす目的または効果」を有する場合は違憲と判断される。Casey判決では、上記の3名にブラックマンとスティーブンズが加わって多数派を構成し、争われたペンシルベニア州法の一部（配偶者通知義務要件）を違憲、一部（インフォームドコンセント要件、親権者同意要件など）を合憲と判断した。これに対し

33 See, e.g., ABRAHAM, *supra* note 20, at 289-299; YALOF, *supra* note 20, at 188-196.

て、レーンキスト、ホワイト、スカリア、トーマスの4名が反対意見の側に立ち、Roe判決の判例変更を支持した。

以上のように、Casey判決では、判例法理に修正が加えられながらも、Roe判決の核心部分が維持された。仮に1987年にボークが任命されていれば、Casey判決で反対意見の側に立った4名に加わり、Roe判決は覆されていたと考えられる。前述のように、ボーク任命失敗の結果として中道派裁判官が決定票を握る状況が形成されたが、Casey判決はまさしくその産物である。

（3）1992年大統領選挙から1990年代終わりまで

1992年大統領選挙では民主党のビル・クリントンが勝利した。連邦議会でも上下両院で民主党が多数派を形成し、統一政府が実現した。

クリントンの政策的立場は、中道的な「ニュー・デモクラット」、「第三の道」路線と称された。中絶に関してクリントンはRoe判決を支持する立場をとり、選挙戦では「私は中絶支持派ではない。私は強い選択支持派である。この困難で苦痛を伴う決定はアメリカの女性に委ねられるべきだと信じる」と述べた³⁴。

連邦議会の立法動向として、1994年、医療施設へのアクセス自由法（Freedom of Access to Clinic Entrances Act）が制定され、中絶を行う医療施設の利用に対する妨害行為などが禁止された。他方、1993年に提出された選択の自由法案（Freedom of Choice Act）（連邦法によって中絶の権利の保障を定めるもの）は実現せず、クリントンが目指したハイド修正の撤廃も実現しなかった（もっとも、1993年にはハイド修正の文言が変更され、レイプや近親相姦による「誤った妊娠」の場合は中絶への公的資金助成が認めら

34 William J. Clinton, *Address Accepting the Presidential Nomination at the Democratic National Convention in New York*, July 16, 1992 (<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/address-accepting-the-presidential-nomination-the-democratic-national-convention-new-york>).

れた)。³⁵

司法人事に目を向ければ、バイロン・ホワイトが1993年に引退し、後任としてルース・ベイダー・ギンズバーグが任命された。ギンズバーグは、当時、穏健派とみなされており、クリントンは指名に際して「彼女は連邦最高裁における合意形成の力となりうるだろう」と述べた³⁶。中絶問題に関して、ギンズバーグは、中絶の権利の保障には賛成であるが、しかしRoe判決はあまりに広範な射程を有する法理を打ち出した不器用な判例であり、その結果として中絶政治を不安定化させたと論じていた³⁷。そのため一部のプロチョイス団体は彼女の任命に反対したが、上院は96対3で承認を与えた。就任後、ギンズバーグは時の経過とともにリベラルな判決行動をとるようになり、晩年にはリベラル派のアイコンとなったことは周知の通りである。また、1994年にはRoe判決の執筆者であるブラックマンが引退し、後任としてスティーブン・ブライヤーが任命された。ブライヤーは穏健派のコンセンサス・ビルダーと広くみなされ、ハッチ上院議員などRoe判決反対派からの支持も獲得していた。上院は87対9で承認を与えた。³⁸

1994年中間選挙では共和党が上下両院で勝利を取め、40年ぶりに両院で多数派を奪還した。この選挙は共和党の保守化の進行を象徴するものであり、下院共和党候補者の統一公約集である「アメリカとの契約」がニュート・ギングリッジによってとりまとめられた（もっとも、その内容は経済的争点か

35 See e.g., ZIEGLER [2022], *supra* note 14, at 62-66; HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 259.

36 William J. Clinton, *Remarks Announcing the Nomination of Ruth Bader Ginsburg To Be a Supreme Court Associate Justice*, June 14, 1993 (<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-announcing-the-nomination-ruth-bader-ginsburg-be-supreme-court-associate-justice>).

37 See, Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N. C. L. REV. 375 (1985); Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, 67 N. Y. U. L. REV. 1185 (1992). ギンズバーグは、1970年代の性差別判例を模範として、少数の州に残存している時代遅れの法を無効とし、中絶分野でも立法府と司法府との対話を通じて漸進的な法形成を行うべきとした。

38 See. e.g., ABRAHAM, *supra* note 20, at 303-314; YALOF, *supra* note 20, at 196-207.

中心的であった)。1996年大統領選挙ではクリントンが再選を果たしたが、上下両院は共和党が多数派を維持し、1998年中間選挙も同様の分割政府が続いた。

共和党多数の連邦議会では、部分出産中絶（partial birth abortion）が政治的争点となった。妊娠中期における中絶の一般的な方法はD&E（dilation and evacuation）であり、胎児を子宮内で切断して排出する方法であった。これに対して、D&X（dilation and extraction）は、胎児を切断せずに排出する方法であったが、その批判者は、この方法は胎児の頭部を除く身体を「部分出産」させ、その上で頭蓋を破壊して脳を吸引するものであり、あまりに残酷な「嬰兒殺し」であると主張した。連邦議会は、1995年および1997年にD&Xを禁止する法案を上下両院で可決したが、しかし、いずれもクリントンが拒否権を行使した（女性の健康保護のためにD&Xが必要な場合の例外が認められていないという理由であった）。連邦議会は拒否権を覆すことを試みたが、いずれも上院で3分の2にわずかに届かず、クリントン政権下では不成立となった。³⁹

2000年、連邦最高裁はStenberg v. Carhart⁴⁰を下し、部分出産中絶を禁止するネブラスカ州法を5対4の票で違憲と判断した。ブライヤーによる多数意見は、Casey判決の不当な負担テストを適用し、当該州法では女性の健康保護に必要な場合の例外的扱いが認められていないことや、州法の規定が漠然不明確でありD&XのみならずD&Eによる中絶も禁止対象になりかねないことなどを問題視した。これに対して、スカリア、レーンキスト、トーマスの3名はRoe判決の判例変更を支持した。ケネディはCasey判決の法理の下で当該州法を合憲とした。

（4）2000年大統領選挙からGonzales判決（2007年）まで

2000年の大統領選挙では、共和党のジョージ・W・ブッシュが大接戦の末

39 See, e.g., ZIEGLER [2020], *supra* note 14, at 150-165.

40 530 U.S. 914 (2000).

に勝利を取めた。下院では共和党が多数を獲得し、上院では50対50であった（同数の場合は副大統領が最後の1票を投じうるため、辛うじて共和党多数と言える）。2002年の中間選挙では共和党が上下両院で多数を確保した。

G・W・ブッシュは、2000年の選挙戦で「思いやりのある保守主義」というスローガンを掲げて穏健派路線を演出したが、大型減税など経済政策の中身は保守的であった。中絶問題に関して、ブッシュは、中絶を原則的に違法化すべきとしたが、レイプや近親相姦によって妊娠した場合の中絶は例外的に合法化すべきという立場をとった。また、ブッシュは、2000年に連邦食品医薬品局（FDA）が認可した経口中絶薬RU-486（ミフェプリストン）の認可見直しを示唆したが、最終的には実現しなかった。連邦議会では、2002年、中絶手術後に生存状態で排出された胎児を保護する法律（Born Alive Infants Protection Act）が制定された。そして、2003年、連邦議会は部分出産中絶禁止法の3度目の可決を行い、ブッシュ大統領が署名して成立した。⁴¹

2004年大統領選挙ではブッシュが再選を果たし、連邦議会でも上下両院で共和党が多数を制した。2006年の中間選挙では、イラク戦争やハリケーン・カトリーナ問題などが影響し、民主党が上下両院で多数を獲得し、分割政府となった。

2期目のブッシュ政権では2名の連邦最高裁判官が任命されたが、いずれも2006年中間選挙前の上院で共和党が優位するタイミングで行われた。2005年7月、オコナーが引退の意向を表明し、続く9月にはレーンキスト長官が逝去した。ブッシュは、7月の時点でジョン・G・ロバーツ・Jr.を指名し、9月にこれを長官指名に変更した。ロバーツはABAによる候補者評価で満票で最高評価を獲得するなど、法律家としての資質には疑いがなかった。中絶に関して、ロバーツは、1991年に下されたRust v. Sullivan⁴²の審理

41 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 272-280; ZIEGLER [2022], *supra* note 14, at 75-76.

42 500 U.S. 173 (1991).

過程で連名のアマカス・ブリーフを提出し、Roe判決は「誤って下されたものであり覆されるべきだ」と論じていた。他方、2003年の連邦控訴裁裁判官任命過程における公聴会で、ロバーツは、Roe判決は拘束力のある先例であって、連邦下級審裁判官としてそれに従うと述べていた。連邦最高裁長官候補者として行われた公聴会では、ロバーツは中絶問題への具体的な回答を回避した。2006年9月、上院は78対22で承認を与えた。その後、ブッシュは、オコナーの後任としてハリエット・マイヤーズを指名した。しかし、中絶問題などに関して保守的な判決行動をとる保証が十分でないとされ、共和党内の保守派は彼女の任命に抵抗した。10月末、ブッシュはマイヤーズの指名を撤回し、代わって指名したのがサミュエル・アリートであった。1990年より第3巡回区連邦控訴裁裁判官を務めていたアリートは明確な保守派であり、中絶問題に関しては、Casey事件の控訴審判決で配偶者通知義務要件を合憲とする反対意見を著していた。また、アリートが1985年にレーガン政権下の司法省に務めていた時期に司法長官に送ったメモには、「中絶の権利を憲法典は保障していない」と政権が主張した訴訟における自らの貢献を「特別に誇りに思う」と記されていた。公聴会でアリートは中絶問題についての具体的な解答を回避した。上院は58対42の僅差で承認を与えた。アリエートの任命に際して共和党議員で承認に反対した者は1名のみであり、上院承認手続における投票の党派化傾向が顕著になっていくのはこの時期からである。連邦最高裁のイデオロギー・バランスは保守の方向へ一歩傾いた。⁴³

2007年、連邦最高裁はGonzales v. Carhart⁴⁴を下し、前述の連邦レベルの部分出産中絶禁止法を5対4の票で合憲と判断した。多数意見を執筆したケネディは、Casey判決の不当な負担テストを踏襲し、女性に実質的な健康リスクを与える規制は許されないが、医学的・科学的不確実性が残る問題については立法裁量を尊重すべきとした。ロバーツとアリートは個別意見を付す

43 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 283-293; ABRAHAM, *supra* note 20, at 315-324.

44 550 U.S. 124 (2007).

ことなくケネディに同意した。トーマスとスカリアは結果同意意見の側に立ち、Roe判決を判例変更すべきとした。リベラル派4名は反対意見の側に立ち、Roe判決およびCasey判決を維持するとともに、違憲判断を支持した。注目に値するのは、Gonzales判決においてRoe判決の変更を支持したのは2名のみであり、Casey判決の4名、Stenberg判決の3名からさらに減少したという点である。G・W・ブッシュ政権下で新たに任命されたロバーツとアリートは、本来的にはRoe判決には批判的な態度を有すると解されるが、Gonzales判決では判例変更と与さなかった。その要因としては、Gonzales事件で争われたのは特定の方法による中絶手術の禁止であり、中絶禁止それ自体が争われたものではなかったという点が挙げられる。また、保守派裁判官にあっても、常に原意主義を前面に出すわけではなく、先例拘束性や法技術的解決を重視し、裁判所の法的機関としての制度的適性に即した問題解決を志向するリーガル・プロセス理論的行動戦略⁴⁵を、事案に応じて選択することが珍しくない。こうして不当な負担テストをひとまずにせよ支持する裁判官の裾野が広がった一方で、同テストの適用のあり方をめぐって裁判官間で議論が生じていった。

(5) 2008年大統領選挙から Whole Woman's Health判決 (2016年) まで

2008年の大統領選挙では民主党のバラク・オバマが勝利し、初の黒人大統領となった。連邦議会でも民主党が上下両院で多数を制した。

オバマは中絶の権利の保障を一貫して支持した。2014年にはRoe判決の41周年に際して、女性が身体および健康に関して選択権を有するという点で、Roe判決の核心的原理を支持するとの声明を発表した⁴⁶。また、オバマ政権の

45 先行研究は数多いが、リーガル・プロセス理論の内容については、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス」北大法学論集31巻2号301頁（1980年）、この理論の影響力の大きさについては、山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路』（弘文堂、2019年）169頁を参照。

46 See, *Statement by the President on Roe v. Wade Anniversary*, January 22, 2014 (<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/01/22/statement-president-roe-v-wade-anniversary>).

下では、医療保険改革法（オバマケア）の下で中絶をいかに扱うかが政治的争点となった（最終的には、医療保険改革法の下では、個々の保険プランは中絶への連邦レベルの公的資金助成を原則的に禁止する行政命令を遵守しなければならないとされた）⁴⁷。

オバマ政権1期目の司法人事として、2009年にスーターからソニア・ソトマイヨールへの、2010年にスティーブンズからエレナ・ケイガンへの交代が生じた。いずれもリベラル派からリベラル派への交代であり、連邦最高裁のイデオロギー・バランスに大きな変化はない。

2010年の中間選挙では、上院では民主党が多数派を維持したが、下院では共和党が多数となり、分割政府となった。また、この年の州議会選挙では共和党が大きく議席を伸ばした。その背景にあるのがティーパーティの台頭である。ティーパーティは小さな政府路線を掲げて経済的争点を中心に結集した政治集団であり、中絶などの社会的争点については確たる立場を有していなかったが、ティーパーティ系の議員は共和党に所属したため、共和党優位の州議会で中絶規制の制定を後押しした。⁴⁸

2012年の大統領選挙ではオバマが再選を果たした。上院は民主党が多数を維持したが、下院は共和党が制した。2014年中間選挙では共和党が上下両院で多数派を獲得した。

分割政府に悩まされた2期目のオバマ政権であるが、この時期の連邦議会の動向として、「苦痛を知覚する未出生の子ども保護法（Pain-Capable Unborn Child Protection Act）」をめぐる動きがある。この法案は妊娠20週以後の中絶禁止を連邦法で定めようとするものであり、共和党多数の下院で2013年および2015年に可決されたが（トランプ政権下の2017年にも下院で可決された）、しかし上院では不成立に終わっている。

2016年2月、保守派裁判官のリーダー格であったスカリアが死去し、3

47 参照、山岸敬和『アメリカ医療制度の政治史』（名古屋大学出版会、2014年）188-193、220-226頁。

48 See, e.g., ZIEGLER [2020], *supra* note 14, at 185-191.

月、オバマは中道派のメリック・ガーランドを指名した。しかし、上院で多数を握る共和党は、次の大統領選挙の結果が出るまで審議を行わない姿勢をとり、公聴会や投票は行われなかった。

6月、8人の連邦最高裁はWhole Woman's Health v. Hellerstedt⁴⁹を下した。この事件で争われたのは、医師などが中絶サービスを提供するための条件として、①近隣の総合病院から患者の受入れを認められていなければならないとする規定、および、②クリニック内に外科手術センターに要求される水準の設備を有しなければならないとする規定を含んだテキサス州法である。こうした中絶医に対してほかの医療的措置と比べて格段に重い負担を課し、ひいては中絶医の営業を脅かし中絶へのアクセス可能性を減少させる規制は、批判者からTRAP法（targeted regulations on abortion providers）と呼ばれ、共和党優位の州で広がりを見せていた。連邦最高裁は5対3で当該州法を違憲とした。ブライヤーによる多数意見は、Casey判決の不当な負担テストを踏襲しつつも、その適用段階で費用便益分析（利益衡量）がなされなければならないとし、当該州法が女性の健康にほとんど便益をもたらさないことなどを理由に違憲と判断した。アリートは訴訟手続的な論点（既判力）に着目した反対意見を執筆し（法技術的解決を志向するリーガル・プロセス的アプローチと言えよう）、ロバーツが個別意見を付さずにこれに同意した。スカリア亡き状況で、Roe判決に敵対的な態度を明示的にとったのはトーマスのみであった。

（6）2016年大統領選挙からDobbs判決（2022年）まで

2016年大統領選挙では共和党のドナルド・トランプが勝利し、連邦議会でも共和党が上下両院で多数を制した。2018年中間選挙では、共和党は下院で多数派を失ったものの、上院で多数派を維持した。トランプ政権の4年間で共和党は上院での多数派を継続して確保した。

49 579 U.S. 582 (2016).

トランプは選挙戦で「アメリカ・ファースト」を掲げ、エスタブリッシュ層への批判を前面に打ち出した。中絶に関するトランプの態度は変遷しており、1999年に改革党（Reform Party）に所属していた時期はプロチョイスを公言していたが、2016年大統領選に際しては妊娠後期中絶を行った女性を処罰すべきと発言し、後に撤回した。副大統領となったマイク・ペンスは反中絶の立場を強調し、生命への権利の保障を支持する態度をとった。この大統領選で重視された争点のひとつが連邦最高裁人事であった。選挙戦のなかで、トランプは、自らが裁判官任命の機会を得たならば、Roe判決の変更は自動的に起こるだろうと発言した。また、トランプは、フェデラリスト協会が作成に関与した指名候補者リストを公表した。⁵⁰

2017年、トランプは連邦最高裁の空席にニール・ゴースッチを指名した。彼は約10年間の連邦控訴裁在任時に中絶問題に関する立場を示したことはなかったが、原意主義の支持者であり、安楽死の禁止を支持する内容の著作で生命の尊重を強調していた。上院での投票は54対45であり、やはり投票の党派化が顕著であった（共和党は棄権の1名を除き全員賛成、民主党で賛成票を投じたのは3名のみ）。なお、当該投票に際して、共和党は、単純多数でフィリバスターを打ち切る手段を、連邦最高裁人事に適用しようとする議事手続を変更した⁵¹。続く2018年、中道派として多くの事例で決定票を握ってきたケネディが引退を表明し、後任としてブレット・カバノーが指名された。カバノーは、連邦控訴裁在任時の2017年にGarza v. Hargan⁵²で反対意見を執筆し、不当な負担テストをやや緩やかに適用する姿勢を示していた。性的暴行疑惑も浮上し、上院承認手続は紛糾した。承認は50対48と僅差であり、

50 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 333-334; ZIEGLER [2020], *supra* note 14, at 201-202.

51 もっとも、連邦下級裁判所裁判官の承認に関しては、すでに2013年に民主党多数の上院で単純多数によるフィリバスター打ち切りの使用が可能とされていた。

52 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (中絶を求めて不法入国しテキサス州で収容されていた未成年女性につき、コロンビア特別区連邦控訴裁の全員法廷は中絶を遅滞なく行わせることを認めた。他方、カバノーは、中絶を直ちに認めずに、身元引受人を探す手続をとるべきとした)。

共和党は全員賛成、民主党は1名を除き反対であった。⁵³

カバノーの任命により、保守派5名、リベラル派4名となり、保守派優位の構図が形成された。これにより判例変更の期待が高まったことから、一部の州では、中絶の手術や施設に関する規制を超えて、中絶の禁止が定められた。例えば、2019年にアラバマ州で妊娠当初から中絶を禁止する州法が制定されたほか、胎児の心拍が確認できる時点（妊娠6-8週前後）以後の中絶禁止も複数の州で定められた（もっとも、裁判所による差止めを受け、当面は実施されない状況に置かれた）。こうした州法は、胎児の母体外生存可能性獲得時（妊娠22-24週前後）以前は女性が中絶の権利を有するというRoe判決およびCasey判決の核心をなす法命題と抵触するものであり、既存の判例への挑戦としての意味を有していた。

2020年、連邦最高裁はJune Medical v. Russo⁵⁴を下し、ルイジアナ州のTRAP法を5対4で違憲とした。争われた州法は、前述のWhole Woman's Health判決で違憲とされたものに類似した内容であった（中絶医の営業条件として総合病院への患者受入れ資格を要求していた）。多数意見を手掛けたのはロバーツであり、彼はWhole Woman's Health判決では反対意見の側に立ったが、June Medical判決では先例拘束性を強調し、不当な負担テストを適用して違憲判断を支持した（もっとも、ロバーツは、Whole Woman's Health判決でブライヤーが採用した利益衡量は排斥すべきとした）。他方、アリートは、事実認定や第三者スタンディングなどの法技術的な争点を理由に、差戻判決を支持した。新たに任命されたゴーサッチとカバノーも、おおむねアリートに同調する立場をとった。トーマスのみがRoe判決の変更を支持した。June Medical判決では保守派優位となった連邦最高裁がいかなる動きをとるのが注目されたが、Roe判決を直ちに覆すべきとする強硬な立場への支持は広がらなかった。むしろ多くの保守派裁判官が、先例の尊重や

53 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 334-337; ZIEGLER [2020], *supra* note 14, at 202-204.

54 591 U.S. ___, 140 S. Ct. 2103 (2020).

法技術的な解決を重視するというリーガル・プロセス的アプローチを志向した。⁵⁵

2020年9月、ギンズバーグが逝去し、10月、バレットが任命された。バレットはRoe判決の批判者としての立場を鮮明にしていた。2013年にはノートルダム大学教授時代に学生新聞に記載されたRoe判決を批判する声明（「悪名高いRoe v. Wade判決から40年が経過し、5千5百万人を超える出生前の子どもが中絶によって殺された。」「胎児は法によって保護されるべきであり、生を迎えられるべきである」）に署名していた。また、共著論文において、「中絶と（正しく定義された）安楽死の禁止は絶対的である。戦争と死刑の禁止はそうではない」と述べていた⁵⁶。上院での公聴会では、スカリアから受けた大きな影響を公言したが、Roe判決が誤りか否かについては明確な回答を回避した。上院は52対48で承認した（共和党は1名を除き反対、民主党は全員反対）。これにより、保守派6名、リベラル派3名となり、保守派が明確に優位する構図となった。⁵⁷

2020年大統領選挙では民主党のジョー・バイデンが勝利した。連邦議会下院では民主党が多数を確保し、上院では50対50となった（副大統領が最後の一票を投じうるため、民主党が辛うじて多数となる）。2022年1月、ブライヤーが引退を表明し、後任として6月30日にケタンジ・ブラウン・ジャクソンが就任した。リベラル派からリベラル派への後退であり、イデオロギー的構図に大きな変化はない。ジャクソンの上院承認も53対47の僅差であった（共和党は3名を除き反対、民主党は全員賛成）。

Dobbs判決が下されたのはジャクソン就任の直前に当たる。同判決により、Roe判決およびCasey判決が覆され、中絶の権利の憲法上の保障が否定

55 参照、黒澤修一郎「米国ルイジアナ州で医師が中絶を行う要件として近隣病院の患者受入れ特権の取得を求めている規制が違憲とされた事例」*島大法学*65巻1・2号27頁（2022年）37-38頁。

56 See, John H. Garvey & Amy V. Coney, *Catholic Judges in Capital Cases*, 81 *MARQUETTE L. REV.* 303 (1998) at 307.

57 See, e.g., LINDA GREENHOUSE, *JUSTICE ON THE BRINK* (2021) at 188-189; JOAN BISKUPIC, *NINE BLACK ROBES* (2023) at 248-257.

された。判決形成過程においてはロバーツがカバノーに対して判例変更に与しないよう説得したとされるが、多数意見を手掛けたアリートなど保守派5名は強硬な姿勢を崩さなかった⁵⁸。Dobbs判決は、バレット任命を契機としてロバーツが決定票を失い、連邦最高裁において中道派裁判官の影響力が低下したという事態を象徴的に表している。

2 中絶の政治的争点特性

ここまで、中絶分野の判例と政治の歴史的展開について見てきた。ここで、現代アメリカの政党政治における中絶問題の争点特性について、節をあらためて整理したい。

(1) 共和党保守化の旗印

すでに触れたように、現代アメリカ政治を特徴づける現象として、二大政党のイデオロギー的分極化がある。伝統的に、アメリカの政党は組織的の一体性が弱く分散的性格を有する点で、日本やヨーロッパとは異なるとされてきた。両党の所属議員の政策的立場は選出地域によって異なり、党内はイデオロギー的多様性が大きかった。もっとも、両党の具体的なありようは時代とともに変容してきた。アメリカ政治発展論（American political developments theory）と呼ばれる政治学の一潮流では、政党再編成論（party realignment theory）が提唱され、政党政治のありよう（支持基盤、政策的対立軸、特定政党の優位など）は、時代に応じて数度の変遷を遂げてきたとされる⁵⁹。1930年代半ば以降について言えば、民主党優位のレジ-

58 See, Jodi Kantor and Adam Liptak, *Behind the Scenes at the Dismantling of Roe v. Wade*, New York Times, Dec. 15, 2023.

59 政党再編成論は、典型的には、決定的選挙を契機として政党政治のありようが大きく変化してきたと論じる。決定的選挙の例として挙げられるのは、南北戦争直前の1860年大統領選挙におけるリンカーンの勝利や、大恐慌後の1932年大統領選挙におけるF・D・ローズベルトの勝利などである。しかし、その後の時代については、遅くとも1960年代後半以降からリベラル・コンセンサスと民主党優位のレジームが徐々に掘り崩されていったという点では広く共通認識があるものの、政党再編成が起こったかどうか、お

ム（ニューディール／偉大な社会レジーム）が形成され、経済的争点に関して福祉国家的なニューディール・リベラリズムが広く支持された。第二次世界大戦後になるとリベラリズムは人種差別の是正などの社会文化的争点をも包含するようになった。こうした政策的立場は共和党の主流派政治家にも支持されるようになり、いわゆるリベラル・コンセンサスの時代が訪れる。こうした背景の下、20世紀半ばにあつては両党の政策的立場の相違は小さかった。しかし、遅くとも1960年代後半ごろから変化が生じていった。一方の共和党は、経済的争点については小さな政府を、社会文化的争点については伝統主義を支持するようになり、支持基盤としては南部保守派や宗教右派勢力などとの結びつきを強めていった。他方、民主党は党全体としてはリベラル化していき、支持基盤としては、人種的マイノリティ、フェミニスト、同性愛者、消費者保護運動、環境運動などに携わる利益集団と結びつくようになった。また、選挙結果の面でも、特に1994年中間選挙以降は両党の拮抗状態が形成されるようになった。こうして両党は共に内部的凝集性を高め、なおかつ、両党の政策的立場の距離が拡大した。⁶⁰

以上のような形で政治的分極化が進行していくなかで、中絶は顕著性（salience）を有する争点のひとつになっていった。1973年にRoe判決が下された時点では、中絶は二大政党を党派に沿って分断する争点ではなかった⁶¹。連邦議会では、1970年代末までは両党の内部にはプロライフとプロ

よび決定的選挙が生じたかどうかについては議論がある。決定的選挙に重点を置く典型的な政党再編成論はあまり支持されなくなっているが、政党政治の展開過程に関する時期区分は広く引き継がれているとされる。参照、岡山裕＝前嶋和弘『アメリカ政治』（有斐閣、2023年）39-41頁、西山隆行『アメリカ政治入門』（東京大学出版会、2018年）93-103頁、西川賢「政党制」山岸敬和＝西川賢編著『ポスト・オバマのアメリカ』（大学教育出版、2016年）61頁。

60 参照、岡山・前掲注14、待鳥聡史「二大政党制の硬直化」国際問題681号31頁（2019年）、西川賢「アメリカ政治における政治的分極化」第12回横幹連合コンファレンス予稿集（2022年）（https://researchmap.jp/masarunishikawa1975/published_papers/36474208）。

61 参照、黒澤・前掲注12・（2）65-73頁。

チヨイスの議員がほぼ同じ比率で存在していた⁶²。大統領にあっても、Roe判決当時の大統領のニクソンは、前述のようにRoe判決の争点化を回避するよう行動した。しかし、1976年大統領選挙以降、中絶は争点として両党の政策綱領などに取り上げられるようになり、とりわけ共和党はレーガン政権に象徴されるように反中絶の態度を鮮明にしていった。連邦議会でも、1980年代後半までには、中絶に関する党派的分断が強まった⁶³。現在では、中絶の権利を支持する共和党の政治リーダーはほとんどおらず、民主党の政治リーダーはそれと反対の立場をとるとされる⁶⁴。このように、政治的分極化の長期的な進行と沿うようにして、中絶問題に関する二大政党の分断が形成されていった。

そして、中絶という争点は、特に共和党が保守政党へと変貌を遂げていく過程で、宗教右派や道徳的保守派を結集するための旗印 (banner) としての役割を果たした⁶⁵。宗教界では、カトリックが1960年代から反中絶運動に参加していたが、1970年代後半になると福音派やファンダメンタリズムがこれに加わるようになった。共和党内では1960年代に党内保守勢力としてニューライトが形成されたが、1980年にはニューライトと福音派のリーダーが中心となってモラル・マジョリティが結成され、全国的組織として大規模化していった。こうした勢力は共和党に新たな支持基盤を提供した。とりわけ人口の30~35%を占める福音派のうち、白人の福音派は共和党の安定した

62 See, Greg D. Adams, *Abortion*, 41 AMERICAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE 718 (1997) at 723.

63 See, *Id.* at 723-724 (「共和党と民主党は、中絶に関して、1970年代は分断は穏やかであったが、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ヨ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。」) ; Linda Greenhouse & Reva Siegel, *Before (and After) Roe v. Wade*, 120 YALE L. J. 2028 (2011) at 2071 (「中絶に関する国家レベルの政党構成員の立場が今日のような分極化状況へと枝分かれしていったのは、1980年代末以降、すなわちRoe判決から10~15年後のことであった。」) .

64 See e.g., NOLAN MACCARTY, *POLARIZATION* (2019) at 13.

65 宗教右派につき、さしあたり参照、森孝一『宗教からよむ「アメリカ」』(講談社、1996年)、堀内一史『アメリカと宗教』(中公新書、2010年)、藤本龍児『「ポスト・アメリカニズム」の世紀』(筑摩書房、2021年)。

支持基盤となった。また、カトリックの間でも、1973年の時点では61%が民主党支持、18%が共和党支持であったが、2016年の時点では49%が民主党支持、31%が共和党支持となり、中絶という争点は民主党とカトリックの結びつきを弱める鍵となったと評される⁶⁶。特に二大政党が拮抗する政治状況の下では、凝集性の高い集団を動員して組織票を形成することが選挙において重要性を増す。このように、共和党が宗教右派・道徳的保守派勢力を支持基盤に取り込んでいく過程で、中絶は顕著性を有する争点として機能した。リンダ・グリーンハウスとレヴァ・シーゲルが述べるように、「中絶をめぐる分極化においては、国政政党間の有権者獲得競争が重要な役割を演じた」⁶⁷のである。

（2）くさび争点

他面で、中絶という争点は、共和党の広範な支持基盤に亀裂を生む危険性も有しており、政治学で言うくさび争点（wedge issue）になりかねないものであった。

現代アメリカの保守主義は、経済的争点に関する小さな政府論と、社会文化的争点に関する伝統主義の組み合わせによって特徴づけられる。中絶は社会文化的争点のひとつである。分極化により保守政党と化した共和党の支持基盤は、社会文化的争点を重視する宗教右派・道徳的保守派のみならず、経済的エリート層、減税や規制緩和を支持する貧困層、そして軍事的保守などにまで裾野を有している。そうしたなかで、中絶問題は、確かに1970年代半ば以降の大統領選などで顕著な争点となってきたが、しかし選挙結果を決定づける争点にはほとんどなつてこなかった。経済・外交・安全保障などのほかの争点や、候補者への評価などに比して、中絶は重要性が低いとされる傾

66 See, ZIAD MUNSON, ABORTION POLITICS (2018) at 95.

67 Greenhouse & Siegel, *supra* note 63, at 2068.

向にある⁶⁸。中絶が選挙結果に影響を与えた例もあったと指摘されるが⁶⁹、そうした現象はごく例外的なものにとどまる。

また、中絶問題に関しては、政治エリートの分極化は著しいものの、一般の有権者の態度は比較的穏健であるという事情がある⁷⁰。中絶に関する世論が大きく変動したのは1960年代後半から1970年代前半であり、州レベルでの中絶禁止の緩和・廃止の動向と歩調を合わせるようにして、中絶合法化を容認する立場が増加していった。ただし、経済的事情やライフスタイルなどを理由として行われる中絶については世論の間に亀裂が存在した。そして、その後の世論は、2023年現在まで、さほど大きな変動がないまま推移している。1976年から2023年にかけて、中絶をいかなる状況でも合法化すべきとする立場は21～35%、中絶を一定の条件の下で合法化すべきとする立場は48～61%、中絶をいかなる状況でも禁止すべきとする立場は12～23%の間で、それぞれ推移しており、世論の多数派が制限付きの中絶合法化を支持している状況が安定的に継続している⁷¹。また、共和党支持者の間でも、2023年時点で、中絶を一定の条件の下で合法化すべきとする立場は66%に達しており、中絶をいかなる状況でも禁止すべきとする立場は24%にとどまる⁷²。

68 See, e.g., MUNSON, *supra* note 66, at 85-88.

69 例えば、1992年大統領選挙では中絶が重要な争点になったと指摘される。See, Alan I. Abramowitz, *It's Abortion, Stupid*, 57 THE JOURNAL OF POLITICS 176 (1995).

70 参照、黒澤・前掲注12・(2) 73-75頁。

71 See, *Abortion*, Gallup (<https://news.gallup.com/poll/1576/abortion.aspx>). もっとも、時期に応じた一定の傾向の変化は見て取られる。例えば、近年では、中絶をいかなる状況でも合法化すべきとする立場は、2019年は25%だったが⁶、2022年には過去最高の35%に達した。また、中絶をいかなる状況でも禁止すべきとする立場は、2019年の21%から2023年には13%に下落した (*Ibid.*)。

72 See, *Abortion Trends by Party Identification*, Gallop (<https://news.gallup.com/poll/246278/abortion-trends-party.aspx>). 他方、共和党支持者で自らをプロライフとみなす者の割合は、1995年の51%から2023年には76%に増加し、民主党支持者で自らをプロチョイスとみなす者の割合は、1995年の58%から2023年には84%に達している (*Ibid.*)。有権者における中絶に関する態度と政党所属との連関が近年強まっていると言えよう。

（3）中絶という争点の両義性

このように、中絶という争点は、一方では、共和党の保守化に際して宗教右派・道徳的保守派の支持を結集させるための旗印になったが、他方では、広範な政治連合を分裂させるくさび争点にもなりかねず、その意味で両義性を有するものであった。そして、こうした理解は、法学者にも一定程度で共有されていると解される。

ジャック・バルキン⁷³は、Roe判決は共和党が「愛憎」を向ける判決であるとする。すなわち、レーガン政権以降の共和党はRoe判決を覆すべきであるとししばしば公言するが、しかし同時に、Roe判決が維持されることによって共和党は政治的便益を得ている。現代の共和党は、中絶に強く反対する宗教的・社会的保守派と、リバタリアンの経済的保守派（中絶については穏健派または強い支持派）が結びついた政治連合によって支えられている。Roe判決が維持される限り、中絶の権利の保障は司法過程によって実現されることから、中絶に関して穏健派の有権者は経済的争点にプライオリティを置いて共和党を支持することができる。しかし、もしRoe判決が覆されれば、政治過程におけるアジェンダは変容し、妊娠早期の中絶の禁止を支持するか否かが争点となる。そうなれば共和党の政治家は困難な態度選択を迫られるのであり、ひいてはスウィング・ステートにおける共和党の政治連合がダメージを受けかねない。このように、一方では共和党はRoe判決に敵対的な態度をとるが、他方ではRoe判決があるからこそ共和党は広範な政治連合を形成できるといふ、逆説的な状況が存在する。バルキンが述べるところ、Roe判決は政治過程から司法過程に中絶という争点を移動させた「避雷針」であり、Roe判決がなかったならば共和党は現在のように成功してはいなかったであろう。

マーク・タシュネットも、Roe判決が覆されたならば共和党は政治的打撃を受けるだろうとする。曰く、「多くの郊外の女性や、あるいは男性一般

73 See, Jack M. Balkin, *A Ruling The G.O.P. Loves To Hate*, New York Times, Jan. 25, 2003.

は、Casey判決がRoe判決の核心部分を維持したことを正しいと評価している。[仮にRoe判決が判例変更されたならば、] そうした有権者は、Roe判決を彼らから奪った政党に報いを与えるだろうと、多くの政治評論家は見ている。共和党により任命された保守派裁判官にとって、Roe判決は回避した方がよい争点となる。しかし、Roe判決に対する攻撃は保守派共和党憲法思想にとってきわめて中心的であるため、保守派裁判官がRoe判決の判例変更から距離を置くとは想像しにくい。それがいかなる政治的帰結を生むとしても。]⁷⁴

3 Roe判決の安定性を形成した政治的要因

本稿は、以上のような中絶という争点の両義性のゆえに、Roe判決の判例変更をめぐる共和党の行動戦略は、常に強硬なものとはならず、時にそれが和らいだと考える。そして、こうした共和党の行動は、連邦最高裁が司法判断を下すに際しての政治的文脈をなし、ひいてはRoe判決が長年にわたって安定性を維持してきた要因の一部となったと考える。以下では、まず、共和党の揺らぎを含んだ行動を形成した背景的事情として、Casey判決以後の中絶政治の安定化傾向を指摘する。その上で、連邦議会においては、Roe判決以後から生じていた司法府への「敬讓」または「棄権」のメカニズムが、Casey判決以後にさらに強化されたと論じる。また、共和党大統領や連邦司法省の行動も、特にCasey判決後は強硬さが和らぐ傾向にあったことを指摘する。そして、以上のような政治的諸要因が判例の展開に与えた影響について、政治レジーム理論の学説に基づき論じる。

(1) Casey判決による中絶政治の安定化

前述のように、1992年のCasey判決では、決定票を握った中道派裁判官によって、Roe判決の判例法理に変更が加えられながらも、その核心部分が維

74 See, MARK TUSHNET, A COURT DIVIDED (2005) at 322.

持された。Casey判決の不当な負担テストは、その後の判例で多数派に踏襲されるとともに、保守派裁判官の間でもこのテストをひとまずにせよ支持する者が増えていった。Casey判決の内容が連邦最高裁内部で支持を広げていったという点は、Roe判決の安定性維持にとって決定的な意味をもったと言ふべきだろう（前述、1（2）～（6））。

加えて、本稿の視点から重要なポイントとして指摘すべきは、Casey判決は裁判所の外部のアクターからの支持を獲得し、安定的な判例として機能するための政治的基盤の構築に成功したということである。

Casey判決当時の政治的状况を見れば、1989年のWebster判決は、中絶をめぐる州政治のひとつの転機となった。同判決は州法による複合的な規制を合憲と判断したが、これを受けて、どこまでの中絶規制を行うべきかが州政治における争点として浮上した。そして、Webster判決から4ヵ月後に行われたバージニア州とニュージャージー州の州知事選では、いずれも中絶支持派の民主党候補者が勝利した⁷⁵。また、州法の動向に目を向けると、1989年から1992年まで中絶関連州法を制定した14州のうち、5州が中絶制限的、9州が中絶促進的な内容であった⁷⁶。Webster判決の内容は中絶制限的な州法を増加させかねないものであったが、その後に実際に生じたのはむしろ州法の穏健化傾向であった。これは多くの州政治家が中絶支持派の有権者からの反発を恐れた結果であると解される。

こうした文脈のなかで1992年にCasey判決が下されたが、その後には州レベルの中絶政治が一層の安定化を見た。ニール・デヴィンスが指摘するように、Casey判決は合憲な中絶規制のテンプレートを提供した⁷⁷。つまり、同判決により一部合憲とされたペンシルベニア州法は、不当な負担テストの下で合憲と判断される州法のモデルとなった。同様の内容の

75 See, e.g., DAVID J. GARROW, *LIBERTY AND SEXUALITY*, Updated ed. (1998) at 680-681.

76 See, Neal Devins, *How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars*, 118 *YALE L. J.* 1318 (2009) at 1327.

77 See, *Id.*

州法が数多く制定され、ほとんどの州が同判決が引いた境界線の枠内で行動した。実に、Casey判決以後の連邦最高裁判例で争われた州法は、絶対主義（absolutism）的な中絶禁止ではなく、既存の判例法理の下で合憲と判断されうる規制を定めようという狙いをもって制定された漸進主義（incrementalism）的規制（中絶を行うための手続・方法や、中絶サービスの提供者に課される資格・施設などに関する規制）であった⁷⁸。もっとも、2010年ごろからいわゆるTRAP法が共和党優位の州で制定され、州によっては中絶医の数がきわめて減少するという深刻な事態も生じていた。しかし、このTRAP法も中絶サービスを提供する施設の条件を定めるものであり、漸進主義的規制に位置づけることができる。Roe判決およびCasey判決と正面から抵触するような絶対主義的な中絶禁止を州法で定める動きが増加し始めるのは2018年ごろからであり、それまでは州レベルの中絶政治は一定の安定性を保っていた。

また、Casey判決の内容は、世論の多数派の態度とも合致するものであった。同判決は、中絶の権利の憲法上の保障を認めつつ、不当な負担に至らない一定の制限を容認するというものであり、制限付きの中絶合法化を安定的に支持する世論の動向と調和的であった。また、Casey判決で一部合憲と判断された州法の具体的内容も、世論の多数派の安定的な支持を得た（インフォームドコンセント要件は85%、24時間待機要件と親権者同意要件は70～80%の支持を継続的に得たとされる）⁷⁹。こうした点から、Casey判決は、「世論をほぼ完全になぞった」⁸⁰、「国民感情を射抜いた」⁸¹と評されている。

このように、Casey判決は州政治および世論のそれぞれレベルで支持を獲得した。その結果として、その後の中絶政治は一定の安定化を見たのであ

78 絶対主義的規制と漸進主義的規制につき、参照、PAUL BREST et al., PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING, 7th ed. (2018) at 1490-91.

79 See, Samantha Luks & Michael Salamone, *Abortion*, NATHANIEL PERSILY eds., PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY (2008) at 94.

80 LUCAS A. POWE, THE SUPREME COURT AND THE AMERICAN ELITE 1789-2020, 2nd ed. (2021) at 311.

81 BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE (2010) at 354.

る。⁸²

（2）立法による司法への「敬讓」または「棄権」

また、Roe判決以後の連邦議会の行動に関しては、政治レジーム理論の見地から、連邦議会の政治リーダーは中絶問題の政治的解決を回避し、むしろ司法による解決を期待した行動をとる傾向があったと指摘されている。⁸³

マーク・グレーバーは、アメリカの二大政党制の下では、各政党の政治リーダーは党内の分裂を招きかねない論争的な争点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委譲しようとするのが稀ではないとし、このメカニズムを「立法府による司法府への敬讓（legislative deference to the judiciary）」と呼ぶ⁸⁴。とりわけ政党内穏健派（party moderates）は、論争的な争点についてのタフな決定責任を回避するために、そうした争点をアジェンダから除外しようとする。その際に代替的な政策形成の回路として期待されるのが司法である。こうした責任委譲の構造の下では、穏健派政治家は安全な立ち位置をとりながら、司法による積極主義的な政策形成を促すことができる（例えば、穏健派政治家は、一方では、司法積極主義を批判することで裁判の敗者をなだめると同時に、他方では、判例を覆す立法の制定などを拒否することで司法による政策形成を阻害しない途を選択しうる）。そして、このようにして形成された司法積極主義には、「反多数者主義の困難」の問題定式が必ずしも妥当せず、むしろ既存の政治レジームの維持のために

82 ロバート・ポストとレヴァ・シーゲルは、社会運動と法の理論の見地から、Casey判決は、中絶の支持者と敵対者の双方が承認可能な憲法規範を打ち立てることで、中絶をめぐる公共的討論に経路を形成し、ひいては社会の統合を生む作用を有したのであり、長期的な政治的・社会的闘争の炉のなかから憲法規範が生まれてくることを如実に示した例であると論じている。See, Robert Post & Reva Siegel, *Roe Rage*, 42 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 373 (2007) at 427-430. 本稿が述べたよりもスケールの大きな憲法政治レベルにおけるCasey判決による社会統合作用を論じたものと位置付けられよう。参照、山羽祥貴「憲法訴訟と民主政」有斐閣オンラインロージャーナル（2023年）(YOLJ-L2303010)。

83 参照、見平・前掲注8・104-108頁。

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

政治部門が司法を利用するという構造的関係を見て取ることができる。以上のような「立法府による司法府への敬讓」のメカニズムが妥当する具体例として、グレーバーは、Roe判決以後の中絶分野の連邦政治を挙げる。Roe判決当時、中絶は二大政党を党派に沿って分断する争点ではなく、もし中絶が争点化すれば両党の内部には亀裂が生じかねなかった。それゆえ穏健派の政党リーダーにとって、Roe判決は政策形成責任を司法に委譲するための好機となった⁸⁵。グレーバーが述べるところ、「民主的政治部門の政治家の多くはRoe判決に対して静かに歩みを進めることによって応答した」⁸⁶。前述のように、連邦議会では、Roe判決を覆す内容の憲法修正案や連邦法案は、最終的にはすべて頓挫し、ハイド修正などいくつかの連邦法は制定されたものの、既存の判例法理に挑戦する内容ではなかった。裁判所抑制立法（court-curbing legislation）も制定されず、中絶問題に関する連邦裁判所の管轄権などの制限も実現しなかった。

また、スコット・ルミューとジョージ・ラヴェルは、「立法府による棄権（legislative defaults）」という概念をもって、民主的政治部門が司法判断を無視・修正・制限する機会を有しているにもかかわらず、あえてそれを行わないことで司法へのエンパワーメントがなされるという構造を描き出している⁸⁷。すなわち、Roe判決以後、連邦レベルの民主的政治部門は、Roe判決のインパクトを制限するために利用可能な最善の選択肢を追求してきたのではない。むしろ、政治的な問題解決の回避や、あるいは支持基盤へのアピールを狙ったシンボリック・ポリティクスに重点を置いてきた。共和党は、プロライフの支持を獲得するために、Roe判決に批判的な裁判官の任命を不確かながらも公約し、実現可能性がゼロに近い憲法修正への支持を表明する。同時に、共和党は、プロチョイスの支持も取り付けるために、中絶禁止や

85 ジョン・ハート・イリイは、Roe判決直後の論文で、「気難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ため息が聞こえる」と述べていた。See, John Hart Ely, *The Wages of Crying Wolf*, 82 YALE L. J. 920 (1973) at 947.

86 Graber, *supra* note 84, at 54.

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

裁判所抑制立法を実際には制定しない。他方、民主党は、中絶の権利が司法により保護されていれば、それを批判する理由がない。両党には中絶について強い感情を持っていない議員が数多く存在し、中絶問題が立法府のアジェンダから外れることを喜ぶ者が多い。このようにして、「立法府による棄権」は、司法に中絶問題の解決を引き受けさせることにより、政治家がより優先順位の高い課題に取り組むことを可能にし、ひいては既存の政治連合を維持するための手段として機能する。

以上のような立法による司法への「敬讓」または「棄権」のテーゼは、Roe判決以後の連邦議会の行動に広く妥当するが、特にCasey判決後の時期に関して強く妥当すると考えられる。連邦議会では1994年中間選挙から2006年中間選挙まで、共和党は上下両院で多数を確保した。しかし、この時期に連邦議会で争点となったのは部分出産中絶禁止法という漸進主義的規制であり、絶対主義的な中絶禁止は争点化されなかった。こうした連邦議会における共和党議員の行動は、前述の中絶問題の両義性を理由として、強硬戦略ではなく穏健戦略を選び取った結果であると解されるのであり、その背景には上記の「敬讓」または「棄権」のメカニズムが働いていたと考えられる。

（3）共和党大統領および連邦司法省の行動の揺らぎ

さらに、共和党大統領や、共和党政権下の連邦司法省の行動を見ても、Roe判決に対して常に強硬な姿勢で判例変更を求めていたわけではないことがわかる。

Roe判決に対して敵対的な姿勢を鮮明にしたレーガンにあっても、実際の政権運営にあってはしばしば経済的争点が優先された。中絶を含む社会的争点については、特に1期目は重点が置かれなかった。もっとも、2期目は司法人事がイデオロギー化の傾向を強めたが、1987年のボーク任命失敗により、中道派裁判官が決定票を握る状況が形成され、Casey判決が下された。レーガンによるボーク指名はRoe判決を覆すことを狙った強硬戦略であったが、分割政府により阻まれる結果となった。

また、G・H・W・ブッシュは、1989年のWebster判決後の声明では、Roe判決の変更を支持するとの態度を表明していた⁸⁸。他方、1992年のCasey判決後の声明では、争われた州法の一部が合憲と判断された点については喜ばしいとしたが、Roe判決が維持された点については言及しなかった⁸⁹。また、1992年大統領選が差し迫った時期にあっては、胎児の生命権の保障を支持する党政綱に自分は必ずしも縛られないと述べた⁹⁰。さらに、G・W・ブッシュも、2003年に部分出産中絶禁止法に署名する際には、「アメリカ人民または連邦議会が完全に中絶を禁止しうるほど文化が変化したとは考えない」⁹¹と発言した。このように、Casey判決後の共和党大統領の発言には強硬な態度をいくぶん和らげるものが少なくなかった⁹²。

さらに、連邦司法省に目を向けると、司法省が中絶事件の審理過程でRoe判決の変更を明確に求めた端緒はレーガン政権の2期目であり、Thornburgh事件で訟務長官フリードが判例変更を主張した。続くG・H・W・ブッシュ政権の下でも、Webster事件でフリードが同様の主張を行い、Casey事件でも訟務長官ケネス・スターは実質的な判例変更（Webster判決レーンキスト相対多数意見の立場）を支持した⁹³。しかし、G・W・ブッシュ政権の時期にあっては、2007年のGonzales判決の審理過程で、訟務長官ポール・クレメントはRoe判決の変更を主張せず、連邦議会の事実認定へ

88 See, George H. W. Bush, *Statement on the Supreme Court's Decision on Abortion*, July 03, 1989 (<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/statement-the-supreme-courts-decision-abortion>).

89 See, George H. W. Bush, *Statement on the Supreme Court Decision on Abortion*, June 29, 1992 (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PPP-1992-book1/pdf/PPP-1992-book1-doc-pg1032.pdf>).

90 See, *Question-and-Answer Session in Secaucus, New Jersey*, October 22, 1992 (<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/question-and-answer-session-secaucus-new-jersey>)

91 See, *President Holds Press Conference*, Oct. 28, 2003 (<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/10/20031028-2.html>).

92 この時期の共和党大統領はCasey判決を受容していると指摘するものとして、参照、Devins, *supra* note 76, at 1332.

93 See, e.g., HULL & HOFFER, *supra* note 14, at 250-51.

の敬讓の必要など射程の狭い解決を主張した⁹⁴。また、トランプ政権の下でも、2020年のJune Medical判決の審理過程で、首席訟務次官のジェフリー・ウォールは、第三者スタンディングなどの手続的争点に基づく解決を強調した⁹⁵。このように、共和党政権下の司法省は、中絶事件でRoe判決の判例変更を常に強硬に主張してきたわけではないのである。

（４）なぜRoe判決は長期的安定性を獲得したのか

トーマス・ケックとケビン・マクマホンとは、政治レジーム理論の見地から、上記のようなRoe判決後の共和党の揺らぎを抱えた行動は、連邦最高裁に対してシグナルを提供し、結果的にRoe判決が維持される可能性を高めたと指摘する⁹⁶。政党が特定の判決を覆そうとする場合、政党内の分派の対立や分割政府の発生などといった政治構造的要因により制約を受ける。レーガン政権下でのボーク任命の失敗は、Roe判決の変更に向けた共和党の強硬なプッシュが分割政府の発生により挫折を余儀なくされた例である。また、中絶のような政治的にデリケートな争点に関して、共和党の政治エリートは、選挙に関する計算に基づき、Roe判決の判例変更を強調しないという戦略を選択する場合があった。そして、こうした政治部門からのシグナルの揺らぎは、共和党大統領の下で任命された裁判官にとって、Roe判決を維持することも共和党にとって受容可能な選択肢であるというメッセージとなり、ひいては個々の裁判官にとって選択肢を広げる意味をもった。レジーム理論からすれば、支配的なレジームからの継続的で強力なプッシュを欠いている状況では、司法府が重要な判例を変更しようとしなくても無理はない。そもそも分極化以後のアメリカ政治にあっては、リベラル・コンセンサスの時代のような支配的な政治レジームが存在しない。そして、Roe判決以後に司法人事

94 See, *Id.* at 296-306.

95 See, *Id.* at 367-373.

96 See, Thomas M. Keck & Kevin J. McMahon, *Why Roe Still Stands*, 70 STUDIES IN LAW, POLITICS, AND SOCIETY 33 (2016).

の機会に恵まれた共和党にあっても、政治リーダーの中絶問題への態度は揺らぎを抱えるものであった。ケック&マクマホンの言葉を借りれば、「連邦最高裁は、大抵、支配的レジームの同盟者として行動する。しかし、党派政治上および政策上の相交わる要請から、裁判官は選択可能な複数のオプションを有することが一般的である。政治部門の党派的同盟者からの強硬で、執拗で、なおかつ持続的な要請を欠く状況では、裁判官は、自らの政策的選好、戦略的計算、および法学的コミットメントに導かれながら、オプションのなかから自身で選択を行うのである」⁹⁷。

すでに何度か触れたように、多くの中絶分野の訴訟で、保守派裁判官は、原意主義とリーガル・プロセス理論のいずれにウェイトを置いた行動戦略をとるかを選択してきた（参照、1（4）～（6））。原意主義は、制憲者意思に基づく憲法解釈を志向するものであり、現代アメリカの保守派法律家運動の主流をなす理論である。他方、リーガル・プロセス理論は、先例拘束性や法技術的解決を志向し、司法過程に政治過程とは異なる行動原理を見出そうとする理論であり、20世紀以降のアメリカ法学に広く影響力を及ぼしてきた。原意主義に力点を置くスカリアやトーマスは、Casey判決でRoe判決の変更を支持し、それ以後の事例でも同様の姿勢をとった。他方、ほかの保守派裁判官にあっては、Dobbs判決以前の事例では、常に原意主義を前面に出すのではなく、リーガル・プロセス理論にウェイトを置いた行動をとる場面が少なくなかった。例えば、ロバーツは、先例拘束性の観点からCasey判決を覆すことには消極的な態度をとり、2007年のGonzales判決や2020年のJune Medical判決では不当な負担テストを支持し、Dobbs判決でも同テストを捨て去る必要はないとした。また、Dobbs判決で最終的にRoe判決を葬ったアリートも、2007年のGonzales判決では不当な負担テストをひとまず支持したほか、2016年のWhole Woman's Health判決や2020年のJune Medical判決では法技術的争点に着目した解決を志向した。もっとも、Casey判決以後に連

97 *Id.* at 75.

邦最高裁判例で争われた州法は絶対主義的な中絶禁止ではなく、中絶を行う手続・方法・施設などに関する漸進主義的規制であったことから、元来は原意主義者であるアリートにとっても判例変更の好機ではないと考えられたと解される。しかし、Casey判決で争われた州法も漸進主義的規制であり、同判決ではRoe判決の変更を支持する裁判官が4名存在した。その後、Casey判決のテストをひとまず支持する裁判官の裾野が広がり、2020年のJune Medical判決では判例変更を支持する裁判官が1名に減少した。こうした点に照らせば、Casey判決からJune Medical判決までの中絶分野の判例は一定程度の安定化を見たのであり、それは保守派裁判官の多くがリーガル・プロセス的行動戦略を選び取った帰結である。ケック&マクマホンの見解によれば、こうした選択は保守派裁判官の自律的判断に基づくものであるが、そうした自律的判断は、共和党政治リーダーからの判例変更を求める強硬で継続的なプッシュがなかったことを背景にしてなされたのである。

（5）小括

Roe判決が50年近くも維持された理由に関する広く受け入れられた説明は、ボーク任命失敗により中道派裁判官が決定票を握る状況が連邦最高裁で形成され、そうした状況の下でCasey判決が下され、先例拘束性を理由にRoe判決の核心部分を維持しつつも、新たに不当な負担テストが採用され、このCasey判決が2020年のJune Medical判決まで連邦最高裁の多数派に支持されてきたというものであろう。本節で論じてきたのは、こうした判例法理と司法人事をとりまく政治的文脈についてであり、それは上記のような判例の展開を補強するように作用したと考えられる。すなわち、Casey判決は、裁判所の外部のアクター（多くの州政府、世論の多数派など）からの支持を獲得したほか、連邦議会の立法活動、大統領の中絶問題へのステートメント、そして連邦司法省の訴訟参加のありようをいずれも穩健化させるよう作用したのであり、これらはRoe判決が長期的安定性を形成するに際しての政治的要因の一部となったのである。

4 Dobbs判決の政治的文脈

繰り返しになるが、2022年に下されたDobbs判決の形成要因として、司法人事による連邦最高裁の構成変化があることは疑いがない。バレット任命により保守派の明確な数的優位が形成され、原意主義的行動戦略を志向する5名の保守派により多数派が形成され、判例変更がなされたのである。しかし、Dobbs判決で多数意見を著したアリートは、2020年のJune Medical判決まではリーガル・プロセス理論的行動戦略をとっており、ゴーサッチとカバノーも同様であった（前述、1（6））。それでは、なぜアリートらはDobbs判決で原意主義的行動戦略を選択したのか。以下では、前節で論じた中絶判例の安定性を形成した政治的要因のうち、何が変化し、何が変化していないのかという点に焦点を合わせながら論じてみたい。

（1）保守派法律家運動の発展と共和党大統領の司法人事への影響

1980年代前半にフェデラリスト協会が結成され、その後の保守派法律家運動の中心的組織となり、共和党との結びつきを強めていったことについては、すでに述べた通りである（前述、1（2）②）。現在では、同協会の会員数は公式発表で9万名に及び、その支部は200を超えるロースクールなどに及ぶ⁹⁸。同協会への所属は保守派法律家の証とみなされており、保守派法律家がネットワークを形成する場であるとともに、若手エリートを選抜・育成する機能も果たしている。同協会は保守派法律家運動にとっての「公共財の提供者」⁹⁹と評される所以である。

そして、保守派法律家運動は、特に2000年以降、共和党大統領の下での司法人事への関与を強めている。2001年、G・W・ブッシュ大統領は、連邦最高裁裁判官候補者に対するアメリカ法律協会（ABA）による資質評価について、リベラル寄りのバイアスがかかっていると批判を受けて、指名前

98 See, *About Us*, The Federalist Society (<https://fedsoc.org/about-us>).

99 See, STEVEN M. TELES, *THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT* (2008) at 136.

に実施する慣行を廃止した（以後、資質評価は指名後に行われている）¹⁰⁰。また、2005年のオコナー引退表明とレーンキスト逝去後、司法長官のアルベルト・ゴンザレスが最有力の後任候補と目されていたが、これに対してはゴンザレスが州最高裁在任時に中絶事件で穏健な立場をとった過去があったことから、反中絶派の社会運動勢力から強い批判が上がったほか、元司法長官のミースなども反対の立場をとった¹⁰¹。2006年のロバーツの長官任命はこうした背景の下で行われた¹⁰²。さらに、同年に起こったマイヤーズの指名撤回は、フェデラリスト協会の多くの関係者が任命に反対したことが背景にあり、代わって任命されたアリートは同協会の年次大会で頻繁に報告者を務めていた。そして、トランプ政権の下では、フェデラリスト協会が作成に関与した裁判官候補者リストが公表された（前述、1（6））。ゴースッチ、カバノー、バレットはいずれもそのリストに含まれていたほか、いずれも同協会の会員であり、同協会主催のシンポジウムなどで数多く報告者を務めていた。このように、近年の共和党大統領による候補者指名に際しては、フェデラリスト協会が実質的な助言者としての役割を果たしている。「共和党政権による司法人事にとって、フェデラリスト協会は、高度に組織化され洗練されたネットワークであるとともに、事実上の審査委員会になった」¹⁰³と評される。

（2）裁判官の判決行動への保守派法律家運動の影響

また、保守派法律家運動は、裁判官の判決行動に対しても影響を与えてい

100 参照、岡山裕「イデオロギー政治の変容と連邦司法人事」五十嵐武士・久保文明編『アメリカ現代政治の構図』221頁（東京大学出版会、2009年）。

101 参照、阿川尚之『憲法で読むアメリカ現代史』（NTT出版、2017年）281-283頁、ジェフリー・トゥービン（増子久美・鈴木淑美訳）『ザ・ナイン』（河出書房新社、2013年）332-336頁。

102 ロバーツは、2007年のフェデラリスト協会の25周年イベントに参加したほか、同年の年次大会で記念講義を担当した（その2年前にはスカリアが担当した）。もともと、ロバーツと同協会との関係は、アリートなどと比較すれば密接であるとは言いがたい。

103 Ann Southworth, *Lawyers and the Conservative Counterrevolution*, 43 LAW & SOCIAL INQUIRY 1698 (2018) at 1704.

ると指摘される。ニール・デヴィンスとローレンス・バウムは、社会心理学の方法論に基づき、裁判官は判決行動の選択に際して聴衆 (audience) からの評判を強く意識するとし、そうした聴衆として現代アメリカで最も影響力が強いのは、ほかの政府機関や世論一般ではなく、エリートのネットワークであるとする。1950年代から1980年代までは法律家エリートの間ではリベラル派が優勢だったが、保守派法律家運動の展開により、現在では法律家エリート間の分断が著しい。特に共和党とフェデラリスト協会などが結びついたネットワークが裁判官をとりまく聴衆として機能し、その結果として、保守派裁判官はリベラル派のエスタブリッシュメントに迎合する必要がなくなり、保守派エリートからの期待に応えるよう判決行動を選択する。こうした裁判官-聴衆構造の結果として、特に2010年以降は、共和党大統領の下で任命された連邦最高裁裁判官の全員が、民主的大統領の下で任命された裁判官の全員に比べて、より保守的な判決行動をとるようになっていとされる。¹⁰⁴

もつとも、デヴィンス&バウムは、連邦最高裁における分極化は、裁判所は党派政治に飲み込まれてはならないという法律家エリートが共有する期待によって抑制されていると論じる。そうした期待の内容として、デヴィンス&バウムは、同僚間協働 (collegiality) と法志向的決定作成 (law oriented decision making) の2つの規範を挙げる。まず、連邦最高裁は9人の裁判官による合議体であり、判決形成過程は裁判官どうしの協議および討論を通じて進行し、多数意見が交渉と妥協を通じて形成されることもしばしばである。裁判官は同僚間協働の規範を重視し、その帰結として連邦最高裁ではコンセンサス形成が尊重され、それは判例の安定性を生む要因となっている¹⁰⁵。また、法志向的決定作成の規範は、裁判官の判決行動が、単なる政策

104 See, NEAL DEVINS & LAWRENCE BAUM, THE COMPANY THEY KEEP (2019) at 39-53, 130-140. 併せて参照、大河内美紀「比較の中の日本の違憲審査」憲法研究7号(2020年)109頁。

105 実に、連邦最高裁における分極化が著しい近年にあっても、全員一致判決の年平均割合は減少傾向にはない(1960-79年で35.7%、1980-99年で41.0%、2000-19年で42.4%

的選好の帰結ではなく、法的根拠や原理に基づいていることを要請する。それは、裁判所に法的機関としての制度的正統性を要請する原理として、法律家エリートの間にはイデオロギーを超えて共有されている。¹⁰⁶

前述のように、近年の中絶分野の訴訟において、保守派裁判官は、原意主義とリーガル・プロセス理論のいずれにウェイトを置いた行動戦略をとるかを選択してきた。デヴィンス&バウムの議論は、そうした保守派裁判官の思考とそれをとりまく政治的・社会的構造との連関を、社会心理学の方法を用いて説明するものと位置づけられよう。すなわち、保守派法律家運動は、原意主義を統合原理とし、共和党と結びついて司法人事に影響を与えるほか、聴衆として保守派裁判官の行動に影響を与える。他方、リーガル・プロセス理論は、デヴィンス&バウムの言う法志向的決定作成の規範の一内容として、党派やイデオロギーを超えて各裁判官に一定程度共有されており、先例の尊重や法技術的解決を志向するモメントとして作用する。このような構造の下で、保守派裁判官の思考にあっては、原意主義とリーガル・プロセス理論とがせめぎ合ってきたのであり、そのなかで中絶分野の判例は展開してきた。Dobbs判決は、そのせめぎ合いのなかで原意主義を選択した保守派裁判官が多数派を形成した帰結である。

（3）党派のエントレンチメント理論

それでは、Dobbs判決でなぜアリートらは原意主義的行動戦略を選択したのか。この点に関するひとつの説明として、ジャック・バルキンの党派のエントレンチメント理論（partisan entrenchment theory）を扱いたい。

バルキンは、政治学におけるアメリカ政治発展論（前述、2（1））に依拠して、連邦最高裁による司法審査のありようの推移について、支配的なレジームの変遷と関連づけながら論じている。それによれば、「いずれのレジームにおいても、支配的政党は連邦最高裁をコントロールしてきた傾向

である）。参照、黒澤・前掲注4・287頁。

106 See, DEVINS & BAUM, *supra* note 104, at 53-57, 140-145.

にある」¹⁰⁷。すなわち、新たなレジームが始まったばかりの局面では、古いレジームの影響を強く受けた連邦最高裁が新たな支配的政党と敵対するという構図が生じる（ロックナー期における1930年代のニューディール立法に対する違憲判決など）。他方、支配的政党による司法人事の蓄積や新たなレジームの政治的基盤の定着などが進行すると、連邦最高裁は新たなレジームの政策的立場と調和的な判決行動をとるようになる（1937年のニューディール憲法革命など）。それゆえ、連邦最高裁は政治レジームの「遅行指標（lagging indicator）」¹⁰⁸であるとされる。

そして、20世紀半ばのリベラル・コンセンサスの時代にあっては、人種差別や投票価値較差などの分野におけるウォーレン・コートの司法積極主義を、民主党優位の支配的レジームが支えるという構図が形成されていた。なおかつ、この時代の司法積極主義は、司法審査は立憲民主主義の基本的ルールを設定すべきであるという規範理論（*Carolene Products*判決の脚注4）によっても正当化され、そうした規範理論は共和党の政治エリートによっても超党派的に支持されていた。しかし、バルキンによれば、1980年大統領選前後からレーガン・レジームが形成され、共和党優位の時代となった¹⁰⁹。政治的分極化が進行した現在では、上記の規範理論に関する超党派的コンセンサスが消失し、むしろそれすらも党派的対立の争点となる（原意主義と生ける憲法論の対立）。また、分極化の下でしばしば生じる政治過程の膠着状態を迂回するために、政党は司法を「政策の先兵（policy vanguard）」として利用しようとする。ゆえに、政党はイデオロギー的同胞を司法府に送り込もうとするのであり、政治過程で野党に回った後も法形成過程に影響を及ぼそ

107 JACK M. BALKIN, *THE CYCLES OF CONSTITUTIONAL TIME* (2020) at 71.

108 *Id.* at 72.

109 もっとも、政治学では、1980年選挙後も連邦議会では引き続き民主党が強い時代が続いたため、1980年選挙は決定的選挙とまでは言えないという見方が強い。むしろ現在の状況は二大政党の分極化と拮抗状態によって特徴づけられるとしばしば言われる（前述、2（1））。また、バルキンは、近年、レーガン・レジームの終焉が近づいており、現在はレジームの移行期にあると論じるが、この見立てに関しても議論がありえよう。

うとする。これが党派的エントレンチメントである。¹¹⁰

バルキンによれば、レーガン・レジームの下で共和党大統領は司法人事の機会に多く恵まれ、保守派裁判官の任命を進め、その結果として各分野で保守的な内容を有する判例が形成された（「保守派憲法革命」¹¹¹）。Dobbs判決もその一環として位置づけうるが、同判決の形成に際しては、保守派法律家運動への忠誠心を有する「運動派保守（movement identified conservatives）」の任命が相次いだことが重要であった。運動派保守は強固なイデオロギー的信念を有し、就任後に穏健化またはリベラル化しにくい傾向を有する。2020年のバレット任命により保守派が明確な優位を形成した時点で、Roe判決の判例変更が保守派の視野に入った。残る問題は、判例変更に向けてゆっくりと進むか（ロバーツの立場）、あるいは速やかに進むか（アリーの立場）のみだった。Dobbs判決で5人の保守派は後者を選択した。¹¹²

（４）中絶判例の安定性を形成した政治的要因の変化の有無

バルキンの所説は、共和党が司法人事を通じて党派的エントレンチメントを進め、保守派法律家運動に強くコミットした裁判官の任命が蓄積されたことにより、Dobbs判決が形成されたと論じるものである。保守派法律家運動の発展は長期的な時間をかけて進行してきたものであるが、そうした緩やかな変化が蓄積された結果、G・W・ブッシュ政権時からフェデラリスト協会による司法人事への関与が強まった。特にトランプ政権によるゴースッチ、カバノー、バレットの任命にあっては、いずれもフェデラリスト協会と強い結びつきを有する人物が選任され、上院での投票結果も党派的であり、なおかつ単純多数でフィリバスターを打ち切る手続が用いられた。トランプ

110 *Id.* Ch. 6, 9.

111 See, Jack M. Balkin & Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001).

112 See, Jack M. Balkin, *Abortion, Partisan Entrenchment, and the Republican Party*, in LEE C. BOLLINGER & GEOFFREY STONE eds., *ROE V. DOBBS* (2024, forthcoming), SSRN (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4215863).

政権下のこれらの人事はRoe判決の変更を視野に入れていないはずがなく、Dobbs判決はそうした共和党の強硬戦略が立て続けに成功を取めた帰結として位置づけられる。この点はボーク任命失敗と対照的であり、かつての中絶判例の安定性を支えた政治的要因の明らかな変化と言えよう¹¹³。

また、2018年のカバノー任命以後、絶対主義的な中絶禁止を定める州が登場したことは（前述、1（6））、分極化の進行に伴う州間の政策的相違の鮮明化の現れであり、翻ってCasey判決の下での州政治の安定化作用の弱まりを見て取ることができよう¹¹⁴。Dobbs判決で争われた州法も2018年に制定された。こうした州法は保守派裁判官にとって判例変更の好機を提供したと言えよう。

しかし他方で、中絶判例の安定性を支えた政治的要因のすべてが今では変容したというわけではない。まず、世論の多数派が制限付きの中絶合法化を支持しているという状況には変化がない（前述、2（2））。また、現在の共和党内では、極端派と穏健派の間で主導権争いが繰り返されていると指摘される¹¹⁵。連邦議会の立法活動を見ると、2013・2015・2017年に妊娠20週以後の中絶禁止を定める連邦法案が共和党多数の下院で可決されたが、上院（共和党多数）で不成立に終わった（前述、1（5））。共和党議員にあっては、中絶禁止を連邦レベルの政治的争点とすることを望む者が支配的なわけではないと解されるのであり、その意味で穏健派の影響力はなお強いと言えよう（この点は司法人事に関する大統領と上院議員の行動の強硬化と対照的

113 見平・前掲注3は、アメリカでは政権が裁判官の任命を通して裁判所の判決を覆そうとしても、それを短期間で実現することを一定程度困難にする「制度的・政治的・規範的諸要因」が存在してきたとし、そうした諸要因として、①連邦最高裁判官の終身制、②二大政党制、③承認手続、④裁判官選考時の各種考慮要素、⑤先例拘束性原理、⑥裁判官倫理としてのオープンマインドを挙げた上で、「ロー判決の全面変更の背景には、…要因③⑤⑥の変化が働いていたとみられる。…要因③（特に、裁判官の任命に実質的に超党派の容認を必要としたフィリバスター制度）に変化がなければ、今でもロー判決は先例の地位を失っていないであろう」（同3頁）と指摘する。

114 See, e.g., Neal Devins, *Rethinking Judicial Minimalism*, 69 VANDERBILT L. REV. 935 (2016).

115 参照、待鳥聡史「極端派の伸長は食い止められたか」世界2023年1月号189頁。

である。州に政策形成責任を委譲しようとしているようにも解される)。これらの点に鑑みると、共和党にとっての両義性という中絶の争点特性には、Dobbs判決前後にあっても大きな変化がないと考えられる。中絶問題が共和党にとって「くさび」にもなりかねないという構造はなお残存しているのである。

また、共和党と保守派法律家運動との結びつきが強まっていることは確かであるが、原意主義などの憲法観が共和党政治家の間にとどこまで広く受容されているのかについては、本稿筆者はまだ定かな知見を持つことができていない¹¹⁶。ロバート・ツァイとメアリー・ジグラーは、運動派法律家(movement jurists)が連邦最高裁で多数派を形成したことがDobbs判決の形成要因となったことは確かであるが、運動派法律家は政党政治からの自律性を有する場合があるとし、保守派法律家運動と共和党は必ずしも同一の利益を共有しているわけではないとする¹¹⁷。仮にそうだとすると、Dobbs判決の形成要因を分析するに際して、共和党と保守派法律家運動の両面的関係(協調関係もあれば対抗関係もあるということ)を考慮に入れた理論構成がありうると考えられる。そして、保守派法律家運動の自律性を強調する理論構成をとれば、Dobbs判決は、党派のエントレンチメントというよりは、政党から独立した運動勢力が裁判官の聴衆として影響力を行使した帰結ということになる。要するに、現在の共和党と保守派法律家勢力との関係をいかに理解するかが問われているわけであるが、この問題に解答するには更なる知見を要する。今後の検討課題としたい。

116 関連する研究として、参照、梅川健「ティーパーティー運動と『憲法保守』」久保文明・東京財団「現代アメリカ」プロジェクト編著『ティーパーティー運動の研究』(NTT出版、2012年)114頁。

117 See, Robert L. Zhai & Mary Ziegler, *Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists*, 57 U.C. DAVIS L. REV. __ (2024, forthcoming), SSRN (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4492053).

(5) Dobbs判決後の中絶政治の動向

Dobbs判決により、中絶法制については州議会に広い裁量が認められた。ニューヨーク・タイムズの整理によれば、2024年1月8日時点で、ほとんどすべての状況で中絶が禁止されている州が14、妊娠6-18週以後の中絶禁止を定める州が7、中絶禁止が裁判所により差止めを受けている州が3、母体外生存可能性獲得時（妊娠22-24週）以後の中絶が合法化されている州が20、妊娠期間の制限を設けずに中絶が合法化されている州が7（ワシントンDCを含む）という状況にある¹¹⁸。また、カリフォルニア、ミシガン、バーモント、オハイオの各州では、Dobbs判決後に行われた住民投票で中絶の権利の州憲法上の保障が認められたほか、カンザスでは中絶の権利の保障を否定する州憲法修正案が住民投票で否決された。さらに、州最高裁が中絶の権利の州憲法上の保障を認めている州も複数あるほか、他州で中絶を行った患者および医師を保護する法令を定める州も広がりを見せている。¹¹⁹

連邦政治の動向を見ると、2022年11月の中間選挙では、下院で共和党がわずかに多数を確保し、上院では民主党が多数をとった。共和党は事前の予測ほどには議席を伸ばせず、その要因として中絶が重要な争点となったことが指摘されている¹²⁰。実に、世論調査では、中絶を「とても重要」な争点として挙げる有権者が3月の43%から10月には56%に増加し、特に民主党支持者がこの争点を重視した¹²¹。

118 *Tracking Abortion Bans Across the Country*, New York Times, Updated Jan. 8, 2024 (<https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>).

119 参照、鈴木智之「アメリカにおける人工妊娠中絶の現状」レファレンス875号83頁（2023年）。

120 参照、兼子歩「中絶論争が見えなくしたもの」世界2023年1月号181頁、松本佐保「人工妊娠中絶の権利を否定する判決と中間選挙に見るアメリカ社会、その国際政治への波紋」国際問題712号36頁（2023年）。

121 *See*, Katherine Schaeffer & Ted Van Green, *Key Facts about U.S. Voters Priorities Ahead of the 2022 Midterm Elections*, Pew Research Center, Nov. 3, 2022 (<https://www.pewresearch.org/short-reads/2022/11/03/key-facts-about-u-s-voter-priorities-ahead-of-the-2022-midterm-elections/>).

連邦法の動向¹²²として、民主党議員の主導で提出された中絶の合法化を目指す女性健康保護法案（Women Health Protection Act）は、すでにDobbs判決の1カ月前に否決され、現在も成立に至っていない。他方、妊娠15週以後の中絶禁止を定める連邦法案がDobbs判決後に共和党のリンジー・グラハム上院議員などの主導で提出されたが、しかし、2022年中間選挙以後は当該法案への共和党内の支持が減少し、州レベルの解決を支持する者が増加していると報道されている¹²³。行政府の動きとして、2022年7月、バイデン大統領は、中絶を含む緊急医療へのアクセスの保障や中絶薬の入手手段の拡充などを命じた大統領令を発したほか、2023年6月には、避妊手段へのアクセスの拡充を命じた大統領令を発した。さらに、7月、食品医薬品局（FDA）は、経口避妊薬「オピル」を処方箋なく市販することを承認した。¹²⁴

2024年1月現在、共和党内では大統領選に向けた候補者選出過程が進行しているが、有力候補者の中絶に関する立場は一様でない。トランプは、Dobbs判決によりRoe判決が覆されたことを誇りに思うと発言した一方で、ロン・デサンティス（フロリダ州知事）が支持する州レベルでの妊娠6週以後の中絶禁止については厳格すぎると述べた。ニッキー・ヘイリー（元国連大使）は、中絶に関して穏健な姿勢を強調する傾向にあるが、妊娠15週以後の中絶禁止を定める連邦法が制定されれば大統領として署名すると発言した。他方、民主党のバイデン大統領は、Roe判決の51周年に当たる2024年1月22日に声明を発表し、女性のリプロダクションの権利の保障を支持した。¹²⁵

122 参照、ローラー・ミカ「【アメリカ】人工妊娠中絶の権利と規制をめぐる動向」外国の立法294巻1号8頁（2023年）

123 See, Melanie Zanona et. al, *House Republicans Punt on National Abortion Ban Amid Fears of 2024 Backlash*, CNN, Apr. 23, 2023.

124 なお、経口中絶薬「ミフェプリストン」に関するFDAの承認をテキサス州連邦地裁が一時的に差し止め、三名合議法廷の第5巡回区連邦控訴裁が郵送や遠隔治療などの点で制限を設けたのに対して、連邦司法省が連邦最高裁に介入を求めた事件で、2023年4月、連邦最高裁は、司法府が最終的な判断を下すまでの間は同薬の流通を認めるとした。2024年夏には連邦最高裁の判断が下ると見込まれている。

125 参照、堂本かおる「アメリカを二分する中絶議論」朝日新聞Globe（2024年1月15

上述のように、Dobbs判決以後にあっても、共和党にとっての両義性という中絶問題の争点特性それ自体には、なお変化がないと考えられる。むしろDobbs判決以後は、中絶問題の「くさび」としての側面が強くなっているように解される。2024年大統領選の行方が注目される。

おわりに

アメリカの中絶分野の判例の展開に関する広く受け入れられた理解は次のようなものであろう。1973年のRoe判決に対して、共和党や保守派社会運動勢力からのバックラッシュが生じたが、1987年のボーク任命失敗を契機として、連邦最高裁では中道派裁判官が決定票を握る状況が形成され、その下で1992年にCasey判決が下され、判例法理に修正が加えられながらもRoe判決の核心部分が維持されてきた。しかし、バレット任命を契機に連邦最高裁では保守6、リベラル3の構図が形成され、中道寄りの保守派であるロバーツが決定票を失い、2022年のDobbs判決では原意主義を支持する保守派5名によって多数派が形成され判例変更がなされた。

本稿はこうした判例の展開をとりまく政治的文脈について論じてきた。それは、個々の事例における判例法理や法的判断や、あるいは司法人事による連邦最高裁の構成の変化に着目するだけでなく、より多元的で複合的なアクターの行動が中絶問題をめぐって交差するなかで判例の展開が形成されることに目を向けるためである。連邦最高裁が下す法的判断は、大統領、連邦議会、政党、利益団体、世論などの政治的アクターが形成する文脈の中にある。そして、中絶問題が共和党にとって「旗印」にも「くさび」にもなりうるという両義性を背景にして、Roe判決の変更に向けた共和党のプッシュは、強硬になった場合もあれば、それが和らいだ場合もあった。こうした政治的文脈は、Roe判決の長期的安定性を補強する要因となったと考えられる。他方、Dobbs判決で判例変更がなされた要因としては、トランプ政権下

日)、芦塚智子「バイデン陣営、中絶の権利前面 無党派でこ入れへ切り札」日経速報ニュースアーカイブ（2024年1月23日）。

の強硬な司法人事と連邦最高裁の構成の変化があることは明らかであるが、しかし中絶問題の共和党にとっての両義性には変化がなく、Dobbs判決後は中絶問題の「くさび」としての側面が強くなっている。また、Dobbs判決で原意主義的行動戦略をとる裁判官が多数派を形成した要因については、共和党による党派的エントレンチメントとする見方や、保守派法律家運動の自律性に重点を置いた見方があるが、いずれにせよ特定の政治的アクターによる裁判官への強い影響が存在するというにはほかならない。このように、本稿は、中絶判例をとりまく政治的文脈に目を向け、裁判所と政治的アクターとの間の複合的な相互作用のなかで判例が形成されていく様を描き出すことを試みた。

中絶をめぐる法と政治に関して日米の間には大きな隔たりがあり¹²⁶、アメリカを対象とした本稿の考察を日本の中絶問題に直ちに応用することは困難だろう。むしろ、本稿が日本の法学に示唆を与えるとすれば、判例の展開を考察する視座に関してではないだろうか。すなわち、判例の展開をとりまく政治的文脈に目を向けることにより、裁判官が個々の事例で行動戦略を選び取るに際しての構造的要因を描き出すことが可能となる。もとより、裁判官の判決行動に影響を与える要因は多様であり、政治的文脈はその一部に過ぎない。むしろ裁判官が政治的文脈を考慮して判決行動を選び取っているとすれば、裁判官は政治から距離を置き公正な立場から法的判断を下すべきであるという、広く受け入れられた法律家としての役割期待に違背するとも考え

126 日本では、墮胎罪（刑法212～216条）が存在する一方で、母体保護法14条1項の経済的理由が緩やかに解釈・適用されることにより、女性が望む中絶は事実上広く合法化されている。同条の配偶者同意要件も緩やかな運用がなされており、事実上空文化していると指摘されてきた。このように、日本の法制度は、条文上は女性の中絶の機会の確保からすれば問題のある規定を含んでいるが、その運用上は法的紛争が発生しにくいように機能してきた。実に、日本では、中絶規制の憲法適合性が訴訟で争点化した目立った事例が存在しない。もっとも、近年では配偶者同意要件をめぐる実際のトラブルが報道されており（参照、NHKクローズアップ現代ウェブサイト「揺らぐ“中絶の権利”日本の現実は」2022年9月7日（<https://www.nhk.jp/p/gendai/ts/R7Y6NGLJ6G/episode/te/M24L17XWW7/>））、これまで十分な法的救済が行き届いていなかったおそれがあると言えよう。

られよう。しかし、判例が政治的アクターによって受容されることは、仮に一部の勢力からバックラッシュが生じたとしてもそれに耐えるための政治的基盤を提供するのであり、ひいては違憲審査制が統治システムのなかで適切に機能するための条件の一要素をなす¹²⁷。ゆえに、政治的文脈は、裁判官が行動戦略を選び取るに際しての事実上の一要因となりうる。こうした視座は、裁判所と政治的アクターとの相互作用を考察するに際して有益であろうし¹²⁸、裁判官の思考過程のリアリスティックな理解にも資するであろう¹²⁹。

もっとも、違憲審査制が適切に機能するための条件は、政治的アクターの支持だけには限られない。むしろ、判例の展開がもつぱら特定の政治的アクターの影響によって形成されているとみなされる事態になれば、裁判所の法的機関としての制度的正統性は揺らぐであろうし、また、広く国民からの信頼も得ることができず、ひいては政治的基盤も弱体化するだろう。裁判所は、複合的なアクターがとりまく政治的文脈の中で、法的機関としての制度的正統性を確保し、なおかつ政治的基盤を構築しながら行動を選択するというミッションを負っている。Dobbs判決において多数意見に与した保守派5名は原意主義的行動戦略を選択したが、その背景には共和党と保守派法律

127 参照、見平・前掲注8・174頁以下。

128 参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）。もっとも、佐々木説は、「国会の法律制定→最高裁の違憲審査→国会の法改正→最高裁の更なる違憲審査→国会の更なる法改正という、最高裁と国会などの相互作用のプロセス」を「対話」として描き出し、個別の司法判断に対する政治部門の対応のありようを類型化するとともに、「理想的な対話のプロセス」（同19頁）を提示することを主眼に置いていると解される。これに対して、本稿は、判例の展開を政治的文脈のなかに位置づけ、そうした文脈を裁判所と複合的な政治的アクターとの交差として描き出し、もって判例の政治的形成要因を考察しようとするものであり、佐々木説とは問題設定や方法論がやや異なる。しかし、佐々木が言う「最高裁と国会や政治部門との関係は、動画のように、時間の流れの中でダイナミックな相互作用として動的に捉え、憲法保障は、…最高裁と国会や政治部門、国民などとの対話という一連の相互作用のプロセスの中で実現すると考える」（同240頁）という視座は、本稿の問題意識とも重なり合う部分があるように思われる。

129 いわゆる「司法部の立ち位置論」として、参照、千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣、2019年）。関連して参照、坂田隆介「最高裁の『正統性』（legitimacy）」市川正人ほか編著『現代日本の司法』（日本評論社、2020年）29頁、見平典「憲法裁判における政治的情勢判断」論ジュリ38号213頁（2022年）。

家運動という政治的・社会的勢力からの強い影響が存在する。もとより、原意主義も民主主義に重点を置いた憲法解釈方法論として裁判所の制度的正統性の確保に資する面はある。しかし、原意主義が法律家の間で党派やイデオロギーを超えた広いコンセンサスを得ているとは言いがたく、現時点では主として保守派法律家運動の内部で支持されているにとどまる。しかも中絶という争点は、言うまでもなく論争的であり、なおかつ政治エリートと世論の間の態度の相違が著しいという特性を有する。米国世論の多数派が制限付きの中絶合法化を安定的に支持し、Casey判決以後の判例がそれと調和的な進路をとっていたなかで、Dobbs判決は、原意主義的行動戦略に基づき、州ごとの問題解決を志向する方向へと舵を切った。こうした文脈に鑑みれば、Dobbs判決による判例変更は、連邦最高裁の制度的正統性および政治的基盤を危うくする契機になりうると考えられる。世論調査によるアメリカ連邦最高裁の不支持率は、2023年9月時点で58%に達し過去最高を更新している¹³⁰。政治的分極化の影響を強く受けた連邦最高裁の行方につき、見通しは暗いと言わざるを得ないだろう。

* 本論文は科研費（課題番号：21K01127）の研究成果の一部である。

130 See, *Supreme Court*, Gallop (<https://news.gallup.com/poll/4732/supreme-court.aspx>).

