

# アメリカ合衆国における応用倫理学と司法審査 ——社会的課題の解決をめぐる——

元甲南大学企業法務研究所客員研究員 高橋 靖

## はじめに

本稿は、アメリカ合衆国における応用倫理学と司法審査の経緯をまとめ、合わせて両者の社会的課題の解決に対する役割や貢献を考察するものである。第1章では、前半部分でアメリカ合衆国において生じた応用倫理学の一分野である、環境倫理と国連気候変動枠組条約および関連する議定書や協定などの関係を分析する。明確な統治権力を想定できない国際環境法のなかでの社会的課題への予備的アプローチともいえる。また、後半部分では、これもアメリカで生まれた司法審査制について、憲法の関連条項や連邦最高裁の試みを分析していく。連邦と州からなる合衆国という国家形態に基づく、州法や南北戦争をめぐる議論と判例を紹介する。

第2章においては、司法消極主義と司法積極主義につき具体的な審査基準や判例を踏まえて検討する。前半部分では司法の自制論に関連する合憲性の推定と合理性の基準を時系列で考えていく。古くから存在する合憲性の推定とセイヤー論文の異同点に言及し、憲法第14修正のデュー・プロセス条項と合理性の基準の関係に関しても整理する。後半部分ではウォーレン・コートの刑事手続改革を概観したうえで、Lochner時代とウォーレン・コートの司法積極主義の功罪について述べる。社会的課題に

も取り組むものを司法積極主義ととらえる。

第3章では第1章と第2章を受けて、アメリカ合衆国の最も大きな社会的課題の一つであるアボーション（妊娠中絶）に対し、生命倫理学と違憲立法審査権を行使する連邦最高裁のアプローチを順にみていく。生命倫理学における身体に対する権利とパーソン論は、判例におけるプライバシーの権利と第14修正の「人」につながることを述べる。そして、中絶問題への応用倫理学と司法審査の役割に関し暫定的な印象が示される。

## 1 応用倫理学と違憲審査

### 1.1 社会的課題とその解決手法

#### 1.1.1 社会的課題の解決をめぐる応用倫理学と司法審査

まず、なぜアメリカ合衆国の社会的課題の解決に対する応用倫理学および司法審査の役割を考察するのか説明したい。そこで、これまでの議論を概観する。以前、アメリカにおいては金融行政、会計手法、会計観で1970年頃を境として大きな変化があると述べた<sup>1)</sup>。一方、国際経済面では経済成長、物価安定、完全雇用の同時達成という「黄金の60年代」の後、1971年の金ドル兌換停止、1973年の変動相場制への移行が生じた。圧倒的であったアメリカの経済力を前提とした、ブレトン・ウッズ体制とい

1) 高橋 [2008] 具体的には、1929年の大恐慌を教訓として証券と銀行を分離して管理していたグラス・スティーガル法体制が、1970年から1999年までの30年間をかけて完全に撤廃されたこと (42-44頁)、1973年に金融オプションを確率理論的に成立させるブラック・ショールズ方程式が発表され、金融商品が飛躍的に増大したこと (46-47頁)、また、従来、会計士とクライアントの信頼関係を前提とした会計監査は1960年代から多くの会計士・会計事務所に対する訴訟が発生し (28-29頁)、不信を前提にしたエージェンシー理論が1976年導入されたこと (34-36頁) などを示した。

う国際金融制度は崩壊したのである。さらに、地球環境問題でも1972年のストックホルムの国連人間開発会議での問題提起、同年のローマ・クラブによる『成長の限界』の発表、1973年の第一次石油ショックが発生した。すなわち、企業会計、国際経済、地球環境のいずれにも1970年頃を機に大きな変化が生じたように見え、筆者はこれを転換点と考えた。とりわけ地球環境問題は衝撃的であった。現在の文明は科学技術、産業化、国民国家などを核とするが、その大半は近代に現れたものである。長い間多くの国が工業化から経済発展し近代化することをめざしてきたが、地球環境問題は科学技術や経済開発自体が環境破壊をもたらしうを示した。

1970年代にアメリカ合衆国で成立したとされる応用倫理学<sup>2)</sup>の一つである環境倫理学はこの衝撃に対する対応かもしれない。筆者はかつて応用倫理学の背景につき、第一に、分析哲学に影響されたメタ倫理学は人々が求めるものから離れてしまったという閉塞感があったこと、第二に、近代に科学技術が哲学・価値判断から独立したため公害や地球環境の悪化を招いたのではとの疑念が生じたこと、第三に、医療技術の発達は倫理上の問題を生じさせたこと、第四に、巨大企業が経済犯罪を発生させたこと、第五に、実証主義に偏りすぎた法は法技術となり、本来の法は最小限の道徳との立場から後退したと懸念されたこと、第六に、ロールズは分配における正義という倫理的問題を提起したこと、第七に、これらの問題が米国で顕在化したことと述べた<sup>3)</sup>。生命倫理学には第三点が、環境倫理学には第二点があてはまりそうだが、いずれも価値判断から離れた科学技術文明と、経済合理性を重視する産業化に根本的

な問題があるのではという問題意識に基づく。だとすれば、応用倫理学は近代が生み出した矛盾を解決するべく生じたのではないかと考えられる。この点、藤沢は生命倫理学を念頭におき、科学技術と倫理の関係は「「倫理」そのものにとっては、これは理不尽で迷惑なはなしではあるまいか。“客観的”な研究の邪魔になるという理由でいったん科学から締め出され、さらに技術からも切り離されて、その上で出来た…さまざまな厄介なトラブルを、いまになって何もかも「倫理」に押しつけてくるとは！<sup>4)</sup>」という。藤沢の憤りはもっともかもしれない。また、応用倫理学について高橋は「何らかの「倫理学理論」の応用であり<sup>5)</sup>」、「その議論の展開において「事実」への参照を不可欠としていることとも関連」しており、さらにその「意義は、現代社会が提出する緊急の問題に対して（端的に）「答える」ことにある」から、「その回答が「体系的」に「綺麗」であることは困難である<sup>6)</sup>」という。ここでは、高橋のいう「現代社会が提出する緊急の問題」を社会的課題とする。社会的課題の社会は近代の市民社会を想定している。近代までは小規模の共同体が日常生活のベースであった。1648年のウエストファリア条約ははじめて国家体制を意識した条約とされ、その後の市民革命を経て出現した国民国家は国家規模での市民社会という概念を生み出した。このように考えると、社会的課題と応用倫理学は近代という共通の源をもつともみなせる。

筆者は近代化と普遍性<sup>7)</sup>、科学技術と普遍性<sup>8)</sup>、功利主義と経済効率など<sup>9)</sup>を検討してきたが、科学技術も経済も拡大状態にあるとき安定するという特徴を有することに気づき、ローマ・クラブの指摘

2) 谷田ほか [2001] 245-246頁。谷田らは、応用倫理学の分野として、正義論、生命倫理、環境倫理に加えて企業倫理、情報倫理をあげている。

3) 高橋 [2010] 81-82頁。

4) 藤沢 [1989] 21頁。

5) 高橋 [2000] 190頁。

6) 高橋 [2000] 191頁。

7) 高橋 [2011] 59頁。近代の優越性、普遍性は、18世紀の啓蒙思想によって強く主張されたことが明らかであると論じた。

8) 高橋 [2011] 67-68頁。科学技術は「原理的に」機能するという意味では普遍性があるが、そのことは必ずしも科学技術が「社会的に」用いられることを意味しないとした。

には根源的なものがあると感じざるをえなかった。また山村に言及して、環境調和に関する三つの方法論を提示したが<sup>10)</sup>、三番目の生態系や人間の思想の影響を考慮した現状改善の方法は、たやすいものではなかった。最大の問題は、佐伯を参照して述べたように<sup>11)</sup>、「近代のプロジェクト」で道徳は科学や法から分離されたが、ひとたび価値を切り離してしまうと、ある社会がよいかどうかの価値判断は不可能になってしまうことであろう。前述の藤沢の憤りには根柢がある。ここで、道徳から分離された法は社会あるいは社会的課題に対してどのような役割をはたせるのかという着想をえた。また転換期の概念を転換期に拡大したが<sup>12)</sup>、これは、ローマ・クラブ創設者の指摘する問題群<sup>13)</sup>が1970年前後に顕在化したことは偶発的ではないとの認識に基づいている。つまり大きく全体が転換しようとしており、問題群はそれを示す兆候ではないかととらえたのである。このような転換期における司法の役割は何かという問いかけのなかで<sup>14)</sup>、アメリカでの司法審査に関心をもった。そう考えると、応用倫理学と司法審査がともに社会的課題の解決に向けた役割をはたせるのは、応用倫理学の生じた1970年前後以降の時期に限られることになり、その考察は第3章で

行う。また、後述するように、裁判所の行う司法審査は政府部門が存在することを前提としているが、政府部門がない場合に社会的課題の解決はどうなるのかを確認する意味で、国際環境倫理と気候変動の問題を次節で考えてみる。

### 1.1.2. 環境倫理と多国間条約

以前、福士<sup>15)</sup>に言及し地球環境問題が盛り上がったのは1972年頃と1992年頃だと述べたことがある<sup>16)</sup>。気候変動問題は1990年<sup>17)</sup>から30年近くの各国関係者の尽力にもかかわらず、依然として錯綜している。そこで、問題の本質理解のため次の要素をあらかじめ提示したい。第一に、気候変動は大気を媒介にして発生することである。このため一国で問題を解決できず、必然的に多国間条約に基づく全体的な取り組みが必要となる。ところが、条約を締結しなくとも影響は全世界におよぶから、フリーライダー（活動に必要なコストを負担せず利益だけを受ける者）問題をもともと含んでいる。第二に、南北問題が深く関係することである。別の機会に問題群を13に分類したが<sup>18)</sup>、問題群とは、先進国の懸念する③エネルギー、④資源、⑤環境という持続可能性の問題と、①人口、②食糧、⑦貧困、⑧失業、⑨

- 9) 高橋 [2011] 74-75頁。科学技術と政治が安定的になれば、社会にとって残るファクターは経済のみとなるが、産業化を支える資本主義の欠点である貧富の格差の拡大を考えると、功利主義と経済効率に基づく産業化のみが普遍的であるとするなら、それには問題があるといわざるをえないと述べた。
- 10) 高橋 [2013] 50-52頁。ここでは地球環境学とめざすべき社会を考察した。なお、山村 [1995] 12-13頁を参照。高橋 [2017] 47頁で語句を整理した。第一点は、生態系の原理を理解することであり、第二点は、人間の思想および活動が生態系に与えた影響を理解することである。第三点は、第一、第二の理解に基づく現状改善の方針、方向性を構築することである。高橋 [2018] 99頁 脚注223) に再録されている。
- 11) 高橋 [2016] 80頁。西洋の危機と「近代のプロジェクト」の関係について、佐伯の指摘を7点にまとめた。なお、佐伯 [2009] 11-14頁を参照。
- 12) 高橋 [2016] 73頁、79頁、95頁。
- 13) ベッチェイ (大来監訳) [1979] 84頁では、27点、ベッチェイ (大来監訳) [1981] 69頁では12点の人的・社会的要因を指摘した。
- 14) 高橋 [2018] 98頁。
- 15) 福士 [2001] 3頁。福士は「最初のアースデイが行われた1970年から…ストックホルム会議が開催された1972年まで」、および「ブルントラント委員会報告が発表された1987年から…地球サミット (1992年) まで」と述べた。福士はそのうえで「再帰的近代化論…は、近代の方向に楽観的なエコロジー的近代化論と、それに悲観的なリスク社会論に分かれて発展してきた」という。
- 16) 高橋 [2015] 39-40頁。第一の時期には、エコロジーは反戦、反核とならんで提唱された反体制的なメッセージの一つであり、第二の時期には、反体制的要素を好まない人々により、エコロジー近代化論やリスク社会論が唱えられたとした。
- 17) 1990年12月に気候変動枠組条約のための政府間交渉会議が国連決議で設置された。また、1988年8月に世界気象機関 (WMO) と国連環境計画 (UNEP) の共同で気候変動に関する政府間パネル (IPCC) が設立され、1990年8月にはIPCCが、2100年には地球の大気平均気温が約3度上昇するという第1次評価報告書を発表した。

教育、⑩社会的公正、⑪開発のための枠組み、⑫衛生・健康という南北問題の複合であった<sup>19)</sup>。気候変動には、少なくとも③④⑤⑦⑪が含まれている。また、1964年に結成されたG-77+中国<sup>20)</sup>は、京都議定書やパリ協定の交渉に大きな影響をあたえた。第三に、第一点も第二点も容易に倫理的主張に転換しうることである。第一点では、アメリカ議会上院は、先進国のみに削減義務を課す京都議定書は衡平性にもととしてその批准を拒否する決議をした。第二点では、途上国は、20%の先進国は大半の温室効果ガス（GHG）を排出してきたのであるから、原因者負担原則に基づき削減義務を負うべきだ、途上国は先進国と異なりこれから社会開発をしなければならず、GHG排出に関し猶予を認められるべきだ、と主張した。

次に、経過をまとめる。1992年の地球サミットで気候変動枠組条約は採択されたが、同条約3条1項<sup>21)</sup>の前半部分は「共通だが差異のある責任」原則とされ、後半部分は先進国の率先対処を規定する。この条項の解釈には、先進国の排出責任に基づくか、排出量全体における専有割合や対処能力に基づくかで議論がある。しかし、枠組条約は付属書Ⅰ国（先進国）、非付属書Ⅰ国（途上国）、付属書Ⅱ国（先進国でOECD加盟国）を国名で明確に分け、条文も別々に規定された。1997年の京都議定書は先進国だけにGHGの削減目標の義務を課した。前述のようにアメリカ上院はこの点に不満で、満場一致で同議定書の不署名を決議したが、批准には上院の3分の2の賛成が必要であるから、もともと京都議定書はアメリカで批准される可能性はゼロであった。そ

して、2001年3月にアメリカの共和党政権は議定書への不参加を表明し、採択当時世界一のGHG排出国であったアメリカの離脱は議定書にはかりしれないダメージをあたえた。京都議定書は2020年までを期間としたが、第1約束期間は2008-2012年で、2013年以降の第2約束期間の国際枠組を決める必要があった。この決定を2009年のコペンハーゲンのCOP15で試みたが、事実上合意に失敗した。ただ、翌2010年のカンクンでのCOP16は2013-2020年の枠組で合意するとともに、多国間条約の可能性をつなぎとめた。カンクン合意は、プレッジ（自主的な誓約）&レビュー（見直し）方式を採用し、先進国、途上国を問わず同じ形式で参加できる道を開いたのである。しかし、COP16では日本、ロシア、カナダが第2約束期間には参加しないと表明した。有馬は「カンクン合意は「京都議定書時代の終わりの始まり」として記憶されることになるだろう<sup>22)</sup>」という。2011年のダーバンでのCOP17により、2020年からの新国際枠組の設定は2015年のCOP21に託された。悲観的な見方もあったがCOP21では米中の協調、議長国フランスの手腕などもあり、パリ協定が採択された。同協定は採択から1年を待たず発効し、2018年のCOP24で実施指針も成立して2020年から実施可能となった。ただし、2017年にアメリカのトランプ政権がパリ協定からの離脱を表明しており、なお事態は流動的である。

さて、枠組条約、京都議定書、カンクン合意、パリ協定をどう考えればよいのであろうか。亀山は国際関係論の立場から、国際社会の課題である気候変動に対処する気候変動レジーム<sup>23)</sup>を検討している。

18) 高橋 [2016] 74頁 脚注1)。筆者はベッチェイの指摘を参考にして、①人口、②食糧、③エネルギー、④資源、⑤環境、⑥国際通商・貿易、⑦貧困、⑧失業、⑨教育、⑩社会的公正、⑪開発のための枠組み、⑫衛生・健康、⑬その他と分類した。

19) 高橋 [2016] 93-94頁。

20) 第1回国際連合貿易開発会議（UNCTAD）総会時に、アジア、アフリカ、ラテンアメリカの開発途上国77か国によって形成されたグループである。

21) 条文は次の通り。「締約国は、衡平の原則に基づき、かつ、それぞれ共通に有しているが差異のある責任及び各国の能力に従い、人類の現在及び将来の世代のために気候系を保護すべきである。したがって、先進締約国は、率先して気候変動及びその悪影響に対処すべきである。」<http://www.env.go.jp/earth/cop3/kaigi/jouyaku.html>

22) 有馬 [2016] 19頁。有馬は「カンクン合意の最大の特徴は、…ボトムアップ型のプレッジ&レビューの枠組みとなったことで…これは、先進国のみに義務を課したトップダウン型の京都議定書とは根本的に性格を異にするもの」であると補足する。

また亀山らは合意内容は拘束的か否か<sup>24)</sup>、多国間か否かで分類し、枠組条約の努力目標を多国間・非拘束的、京都議定書の数値目標を多国間・拘束的とした。高村は、枠組条約と京都議定書の条文を詳細に検討したうえで<sup>25)</sup>、これらで構成される気候変動レジームの課題として、長期目標に照らした「実効性」<sup>26)</sup>と、GHG排出削減への「参加」<sup>27)</sup>をあげた。沖村は、気候ガバナンスの観点から「カンクン合意…は、各国が自国の判断で…削減策を定め、…事務局に申告する…もので、京都議定書のような交渉で数値目標を定めるトップダウン・アプローチに対し、ボトムアップ・アプローチと呼ばれた<sup>28)</sup>」という。また、パリ協定では「ボトムアップ・アプローチの課題を克服するために、グローバル・ストックテイク…を行なうことになった<sup>29)</sup>」とした。同じことを有馬は、京都議定書はトップダウン、カンクン合意はプレッジ&レビューのボトムアップ、パリ協定はボトムアップに、世界全体の長期目標と

グローバル・ストックテイクを加えたハイブリッドであると図示した<sup>30)</sup>。自己申告を基本としながら、そこに全体の長期目標からの拘束性を緩やかに加味した部分に、パリ協定の優れた点が表れている。率直に関係者の努力を評価したい。

一方、前述した第一点のフリーライダー問題と第二点の南北問題は、実際の交渉や条文でどのように現れているのであろうか。有馬によればCOP21交渉の争点は、第一に、約束草案(目標)に拘束性を持たせるのか<sup>31)</sup>、第二に、世界全体での長期目標<sup>32)</sup>をどう書き込むか、第三に、「共通だが差異のある責任」をどう反映させるのか、第四に、透明性フレームワーク<sup>33)</sup>に差異化を持ち込むのか、第五に、市場メカニズム<sup>34)</sup>を盛り込むのか、第六に、資金援助主体を先進国のみとするのか<sup>35)</sup>、第七に、途上国への定量的資金援助目標を定めるか、第八に、ロス&ダメージを含めるか<sup>36)</sup>、である。実際、これらの争点で交渉は難航し、第二点は2条、第四点

- 23) 亀山 [2011] 15頁。亀山によれば、レジームとは「国際関係の一領域で行為主体の期待が収斂する原則、規範、ルール、決定手続きの集合」と定義されることが多く、「気候変動枠組条約と京都議定書…の周辺にある、気候保全や気候変動影響への対処を主目的とした多様な国家間協力の制度やルールなど」を気候変動レジームと呼ぶという。
- 24) 亀山ほか [2011] 386-387頁。亀山らはここでいう「拘束力」と「法的拘束力」とは異なる意味であるといい、例として、枠組条約での「1990年代の終わりまでにその排出量を従来の水準に戻す」という義務をとりあげ、「この義務は、国際条約上で国家が合意した約束であり、法的拘束力をもつ…。しかし、1990年代終わりまでにどの水準に戻すかは明確ではなく、各国の行動を「縛る」という意味では弱い」とした。この義務は「法的拘束力」をもつが、亀山らの意味の「拘束力」は弱いということになる。
- 25) 高村 [2011] 46-57頁。高村は国際法学の観点から二つのレジームを、(1)長期目標、(2)排出削減策、(3)適応策、(4)資金・技術援助、(5)報告・審査を含む遵守確保の制度などにわけて、詳細に分析した。
- 26) 高村 [2011] 57頁。高村は、IPCC第4次評価報告書の排出量削減と予想される気温上昇の対応関係からみて、2050年に50%削減といった目標では2.4~2.8℃の上昇が避けられず、気温上昇を2度未満に抑えることは容易なものではないという。
- 27) 高村 [2011] 57-59頁。「実効性」を高めるためには米国など先進国の削減努力も、排出量の多い中国やインドといった主要排出途上国における削減努力もともに必要であり、参加国を拡大するためにも削減へのインセンティブを高める資金供与や技術移転を促進する制度を構築するという課題をともなっているとした。
- 28) 沖村 [2017] 12頁。
- 29) 沖村 [2017] 20頁。沖村は、グローバル・ストックテイクを「強制性について…ボトムアップ・アプローチの課題を克服するため(の)…2度目標を含めたパリ協定の目的の達成に向けた全体としての進捗状況の評価」とし、この場では「IPCCの報告書に加え、国連環境計画が…作成しているギガトン・ギャップに関する報告書…など」も参照されるという。
- 30) 有馬 [2016] 61頁。有馬は、この図の出典は電力中央研究所主任研究員の野野貴弘だと示した。
- 31) 有馬 [2016] 28頁。有馬は「EUや島嶼国は、約束草案に盛り込まれる目標達成をも法的義務とすべきと主張し…米国や日本は…反対してきた」と補足する。
- 32) 有馬 [2016] 28-29頁。有馬は「新興国は、…たとえ全地球の削減目標であろうと、先進国の総量削減目標を差し引けば、結果的に途上国にとっても総量目標がかかることを強く警戒した」という。
- 33) 有馬 [2016] 30頁。各国が提出した目標の事前協議、内容確認、事後レビューの手続きを透明性フレームワークと呼んでいる。
- 34) 有馬 [2016] 31-32頁。京都議定書におけるクリーン開発メカニズム(CDM)、排出量取引制度、日本が進める分権的な二か国間クレジット(JCM)などについて、各国間に意見の違いがあったという。
- 35) 有馬 [2016] 32頁。かつて途上国であった中国、インド、ブラジルなど新興国は、資金援助主体の側にまわるのか否かで激しい議論があり、これには先進国・途上国二分論も影響していたという。

は13条、第五点は6条、第六と七は9条、第八点は9条などの条文をめぐって議論された。有馬のいう第一点と第二点はフリーライダー問題に、第三点、四、六、七、八点は南北問題に関係している。では、倫理転換問題に関連し、この気候変動レジームにおいて環境倫理はどのような役割をはたしているのだろうか。枠組条約は「共通だが差異のある責任」を規定し、付属書I国（先進国）、非付属書I国（途上国）それぞれに別の内容を規定した。たしかに、これは倫理的な配慮ではある。しかしながら、議定書や協定は枠組条約に付属するためこの原則はその後のすべての交渉に大きく影響した。途上国は事あるごとに枠組条約にある先進国、途上国二分論を持ちだしたのである。沖村は、非付属書I国はパリ協定の交渉でも既得権を擁護するため付属書I国と非付属書I国という用語を用いていたと指摘したうえで、「誤解を恐れずに強い言葉を用いれば、これらの国々は国連気候変動枠組条約至上主義的なスタンスをとっていた<sup>37)</sup>」という。筆者は1.1.1で述べた「近代のプロジェクト」と価値の関係において、人々の共通の信念に基づく「価値」に支えられない社会改良の試みはただのイデオロギーにすぎなくなるとしたが<sup>38)</sup>、この場合にそれがあてはまるかもしれない。当事者のみしかいない場面では倫理にも限界はあるということであろうか。司法が中立の立場かどうかは別として、やはり政府機能は必要とされていると感じる。

## 1.2 合衆国憲法と司法審査

### 1.2.1 国のあり方としての合衆国憲法

アメリカ史の研究者である猿谷はアメリカの歴史

を七つに区分したが<sup>39)</sup>、その一番目の区分年はワシントン大統領の就任の1789年であり、二番目の区分年は南北戦争終結の1865年である。一方阿川は、アメリカ憲法の歴史的観点から「1787年フィラデルフィアに集まった各州の代表が、連合規約の改正に関する規定を無視して新しい憲法を起草したとき、…南北戦争(1861-1865)を契機に新しい修正条項が成立し連邦と州との関係が根本的な変化を遂げたとき、…1935年から1937年にかけてニュー・ディールの諸立法をめぐり連邦行政府・立法部と司法部が激しく対立し、その後最高裁の憲法解釈が大きく変化したとき<sup>40)</sup>」の三つを革命的な転換点とした。つまり、一般史からみても憲法史からみても、合衆国憲法の成立と南北戦争は決定的に重要であり、その理由はアメリカの国のあり方の根本である連邦と州の関係と関わっているためである。そもそも共和政体をもつ独立国家といってよい13の邦(state)が、なぜ合衆国憲法を新たに制定しようとしたのであろうか。阿川はその理由として、第一に、連合規約のもとでの連合議会には独自の徴税権がなかったこと、第二に、連合議会には通商規制権がなく、対外的な港の統制もできず、アメリカ全体としての通商活動は阻害されていたこと、第三に、各州の議会に衆愚政治的な傾向がみられたが、連合議会にはこれを是正する権限もなかったことをあげた<sup>41)</sup>。つまり、国として一体活動しようとした場合、あまりにも連合議会には権限がなかったのである。その改善はフィラデルフィアに集まった人々の総意ではあったが、そのなかには連邦政府の権限や役割を拡大、充実すべきと考える者(フェデラリスト)と連邦政府の権限や役割は必要最小限と

36) 有馬 [2016] 33頁。ロス&ダメージ(損失と損害)とは、台風などの異常気象、海面上昇、これらに伴うコミュニティへの影響など、適応できる範囲を超えた悪影響を指す。どの部分が気候変動に起因するか科学的特定は非常に困難という。

37) 沖村 [2017] 19頁。

38) 高橋 [2016] 80頁。

39) 猿谷 [1991] 猿谷の区分を目次の標題にしたがって示すと、次のようになる。①新しい共和国の誕生(-1789)、②国家分裂の危機(1789-1865)、③アメリカ帝国の出現(1865-1900)、④大衆消費の実現と大恐慌(1900-1941)、⑤アメリカの世紀(1941-1960)、⑥平等への闘い(1960-1973)、⑦超大国の行方(1973-)

40) 阿川 [2013] 353頁。

41) 阿川 [2013] 19-20頁。

し、共和国の政府権限はあくまで州にとどめるべきとする州権派という、根本的に対立する見解を有するグループが存在した。この対立の一応の結論には、南北戦争という62万人を越える戦死者を出す内戦まで要したのである。

では、この連邦と州の関係は合衆国憲法においてどのように規定されているかみておこう。第一に、前述した第二点であり、憲法を制定する大きな要素の一つでもあった通商規制権は、「連邦議会は、外国との通商及び州際間の通商…を規制する権限を有する<sup>42)</sup>」(第1編8節条3項)と明記された。しかし、第二に、1788年の憲法発効から間をおかず、1791年に権利章典の一つとして追加された第10修正は「この憲法によって合衆国に委ねられておらず、また憲法によって州に禁じられていない権限は、それぞれの州または人民に留保されている」とした。ここでいう「州に留保されている権限」がポリス・パワーの基礎だと考えられる。第三に、合衆国憲法第1編8節18項は「連邦議会は、上述の諸権限及びこの憲法によって合衆国政府またはその部局もしくは職員に付与されたすべての他の権限を実施するのに必要かつ適切であるようなすべての法律を制定する権限を有する」と規定した。これは必要適切条項と称される。第四に、連邦議会に関する第1編10節1項は「いかなる州も、…契約上の債権債務関係を侵害するような法律を制定すること…はできない」と規定するが、これは契約条項とよばれた。州際通商規制、必要適切条項および契約条項は連邦が州に対して権限を拡大しようとする場合に利用できる条項といえ、とくに初期の判例において契約条項

は争点となることが多かった。

また、裁判所の役割として異論がないものは、紛争の解決機能と憲法、法律の解釈機能であろう。別の機会にまとめたように<sup>43)</sup>、裁判所の司法審査権が確立したのは1803年の *Marbury v. Madison* 判決<sup>44)</sup>だが、この時期の法律の解釈を確認する。1798年の *Calder v. Bull* 判決<sup>45)</sup>は、第二点の「州に留保されている権限」について「合衆国の人民は、正義を確立し、公共の福祉を促進し、自由の恩恵を保証し、侵害から人格や財産を保護するために、その(州の)憲法や政府の形態を選択した<sup>46)</sup>」として、①正義の確立と、②公共の福祉の促進、③自由の保証、④人格や財産の保護が州政府選択の目的であるとされた。さらに、「人民が社会契約を結ぶ目的は、社会契約の性質と条件を決定することであり、この目的は立法権の基礎であるから、目的は、何が立法権の適当な対象なのかを決定する。立法権の性質と限界は、立法権の行使を限定する<sup>47)</sup>」と述べて、①②③④の目的は州の立法権(ポリス・パワー)の基礎であり、これが結果的に立法権の行使の限界を定めることになるとした。なお、1827年の *Brown v. Maryland* 判決<sup>48)</sup>は「火薬の撤去を命令する権限は、ポリス・パワーの一部であり、またポリス・パワーは疑いもなく州において保持され、かつ保持されるべきものである<sup>49)</sup>」とし、ポリス・パワーという用語をはじめて使用した。さらに第三点の必要適切条項に関連し、1819年の *McCulloch* 判決<sup>50)</sup>でマーシャル首席裁判官は、連邦議会は銀行を設立できるかどうかという争点に関して、合衆国憲法第1編8節の解釈につき、まず「連邦議会の列挙された権限

42) 本稿における合衆国憲法の条文は、アメリカンセンター JAPAN の以下の URL のものを使用している。https://americancenterjapan.com/aboutusa/

43) 高橋 [2018] 96頁。

44) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803) .

45) *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798) .

46) *Ibid.* at 388.

47) *Ibid.* at 388.

48) *Brown v. Maryland*, 25 U.S. (12 Wheat.) 419 (1827) .

49) *Ibid.* at 443.

50) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) .

の間に「銀行」や「法人設立」という用語を見いだせないとはいえ、課税し、徴収し、資金を借入し、通商を規制し、宣戦布告をして戦争を遂行する、および陸軍と海軍を徴兵し後援するなど強大な権限を見いだせる<sup>51)</sup>」とした。次に、「そのような広範な権限の委任を受けた連邦議会は、国家の満足と繁栄が致命的に基づくところの、その適正な執行に関して、当該執行に対する広範な手段についても同様に委任を受けていなければならないと、論争されるかもしれないのもきわめてもつとだ」と続け、また、「国家の緊急事態は、北部で調達された資金が南部に輸送され、東部で調達されたものが西部に運搬され、あるいは、この命令が逆転されるべきことを要するかもしれない」として、最後に、「これらの活動を困難にし、危険にし、高額にする（連邦議会に銀行の設立を認めないというような）憲法の解釈が、好ましいものとされるべきであろうか？」<sup>52)</sup>と判示した。ファロンは、このマーシャルの憲法解釈は多くの研究者から妥当だとされているという<sup>53)</sup>。このように当初の判決では、憲法の条項の法的な解釈をめぐる検討が中心であった。

### 1. 2. 2 個人の権利保障と実体的デュー・プロセス理論

松井は合衆国憲法の個人の権利保障の特徴を、第一に、権利章典のうち、第1から第8修正は連邦政府にのみ適用で、明文で州の行為を制限するのは第13、14、15修正しかないこと、第二に、権利章典の規定がきわめて少なく、財産権・経済的自由の

保障は規定自体がないこと、第三に、もっぱら自由権で、生存権も労働基本権もないことと指摘する<sup>54)</sup>。松井の第一点に関連し、何が州に対しても保護される憲法上の権利なのか、第二点および第三点に関連して、憲法上明文の根拠をもたない権利をどう扱うのかという問題がある。

ところで、以前、別の機会に「連邦裁判所が、適正手続の保障という手続的なものを実体的デュー・プロセス理論として再構成したのは、19世紀中頃から末までの期間である<sup>55)</sup>」と述べたが、この記述は南北戦争と大いに関係している。まず、「適正手続の保障」とは、第5修正（1791年）と第14修正（1868年）の適正手続条項<sup>56)</sup>を意味する。「19世紀中頃から末までの期間」とは、1857年のDred Scott判決<sup>57)</sup>、南北戦争（1861-1865）、第14修正を含む三つの憲法修正（1865-1870）、1873年のSlaughter-House判決<sup>58)</sup>、1897年のAllgeyer判決<sup>59)</sup>を含む判例で構成される期間のことである。そして、議論の対象は、南北戦争、第14修正、基本的権利、実体的デュー・プロセス理論となるが、基本は前述の個人の権利保障に関する二つの問題である。1787年の合衆国憲法起草から1857年のDred Scott判決までの経過をみると、第一に、憲法1編9節1項<sup>60)</sup>は、1808年以降は奴隷の輸入を禁止できるとも解釈できること、第二に、しかし、自由州と奴隷州のバランスはそのまま政治問題化し、情勢を打開するため、1820年にミズーリ州の南端より北では奴隷州を認めず、南では奴隷州を認めるというミズーリ協定（妥協）が成立して、いったん対立は沈

51) Ibid. at 407.

52) Ibid. at 408.

53) ファロン（平地ほか訳）[2010] 16-18頁。

54) 松井 [2008] 131-132頁。

55) 高橋 [2018] 96頁。

56) 第5修正後半は「何人も、法の適正な過程によらずに、生命、自由または財産を奪われることはない」と規定し、第14修正1節3項は「いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない」と規定する。

57) Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) .

58) Slaughter-House Cases, 16 Wall. (83 U.S.) 36 (1873) .

59) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897) .

60) 条文は以下の通りである。「1808年までは、現に存在する州が入国を適当と認める人物の移民または輸入は、連邦議会によって禁止されてはならない。」なお、「現に存在する州が入国を適当と認める人物」とは奴隷を意味する。



静化したこと、第三に、1845年頃から再び対立が激化したこととなる。Dred Scott 判決は、管轄権につき、黒人である原告は①「憲法にいう「市民」ではないから、連邦巡回裁判所に管轄権はなく、訴えは却下されるべきであった<sup>61)</sup>」としながらも実体判断して、連邦法であるミズーリ協定につき②「特定の準州に立ち入ったがゆえに彼の財産を奪う法律は、法の適正手続の名に値しない<sup>62)</sup>」から合衆国憲法に対し「違憲無効であ<sup>63)</sup>」るとしたうえで、原告は自由人かにつき③「自由人か奴隷かの地位は戻ってきた元の州法によるとというのが先例<sup>64)</sup>」として奴隷のままであるとした。根本は同判決の問題点について「黒人は従属的で劣ったクラスが存在とする<sup>65)</sup>」ことと、「不必要な違憲判断をしたという批判がある」ことであるとして、①とするなら実体判断すべきでなかったし、実体判断しても③で十分だったはずであるのに、②の違憲判断をしたと説明した<sup>66)</sup>。畑は「この判決は（南北対立に：引用者注）なおなんらかの妥協の糸口を見つけようとしていた人たちに法的な拘束を加えた<sup>67)</sup>」という。

リンカーン大統領は南北戦争中の1862年と1863年に奴隷解放宣言を発したが、法的根拠を明確にするため終戦後、憲法修正に取り組んだ。黒人の権利確定を主な目的とした三つの憲法修正ではあるが、1868年の第14修正1節1項<sup>68)</sup>は合衆国の市民を定

義したうえで、同2項で特権・免除条項<sup>69)</sup>、同3項でデュー・プロセス条項<sup>70)</sup>、同4項で平等保護条項<sup>71)</sup>と、三つの州を規制する条項を規定した。前述の憲法上明文の根拠をもたない権利をどう扱うのかに関し、特権・免除条項は合衆国市民の基本的権利を定める大きな可能性を秘めていたとされる。憲法本文の4編2節1項は「各々の州の市民は、他州において、その州の市民が享有するすべての特権および免除を等しく享有する権利を有する」とした。松井によれば、この条項は「州が他州の市民を自州の市民より不利に扱うことを禁止する<sup>72)</sup>」という平等保護の規定であり、4編2節1項でいう特権・免除の範囲は広く州法で規定される市民の権利と考えられる。仮に、第14修正1節2項の合衆国市民の特権または免除がこれと同じものを意味するなら、連邦裁判所が州法の広範な個人の権利のなかから基本的権利を規定できたかもしれない。しかしながら、1873年のSlaughter-House 判決は、まず第14修正1節1項について「合衆国の市民と州の市民があり、これらは…互いに別個であることはきわめて明確である<sup>73)</sup>」とし、同2項につき「…当裁判所は、…後者（州の市民の特権または免除）は、第14修正のこのパラグラフ（同2項）でいかなる追加的な保護を有するとも意図されていないと表明したい<sup>74)</sup>」として、本件特権を許諾した州法が合衆国

61) Scott, 60 U.S. at 404. 根本 [2012] 74頁。

62) Scott, 60 U.S. at 450. 根本 [2012] 74頁。

63) Scott, 60 U.S. at 452. 根本 [2012] 74頁。

64) Scott, 60 U.S. at 452. 根本 [2012] 74頁。

65) 根本 [2012] 75頁。

66) 根本 [2012] 75頁。ただし、根本は②について「原告が市民でないというためには、原告が黒人だからという理由に加えて、原告はなお奴隷だからという2つめの理由も欲しかったのではないかという論評もみられる」と補足した。

67) 畑 [1992] 38頁 注(20)。畑はJ.K. Liebermanに言及してこの注をつけている。

68) 第14修正1節1項条文は次の通り。「合衆国内で生まれまたは合衆国に帰化し、かつ、合衆国の管轄に服する者は、合衆国の市民であり、かつ、その居住する州の市民である。」

69) 第14修正1節2項条文は次の通り。「いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない。」

70) 第14修正1節3項条文は注56)の後半に記載されている。

71) 第14修正1節4項条文は次の通り。「いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない。」

72) 松井 [2008] 133頁。

73) Slaughter-House, 16 Wall. (83 U.S.) at 74.

74) Ibid. at 74.

憲法第14修正の特権・免除条項に違反する、との原告による主張を全面的に否定したのである。同判決は本件州法がデュー・プロセス条項、平等保護条項に違反するとの原告主張も退けたが、この特権・免除条項の否定が連邦と州の関係規定の解釈としても最も大きな影響をあたえた。何が州に対しても保護される憲法上の権利なのかに関して、この判例がなければ、手続規定であるデュー・プロセス条項に実体があるなど理解不能である、というような批判は受けずに済んだのではと思う研究者は多い。このような判示をした理由は、連邦最高裁が Dred Scott 判決への批判や、南北戦争中のリンカーン大統領による最高裁の決定の無視<sup>75)</sup>などによって権威を失墜した状況で、州法における個人の権利保障に全面的に関与することを避けたためであるという見解がある<sup>76)</sup>。

Slaughter-House 判決は現在にいたるも判例修正されていないが、同判決からわずか4年後の1877年の Munn 判決<sup>77)</sup>より第14修正1節3項のデュー・プロセス条項を用いて州法の違憲審査をする実体的デュー・プロセス理論の準備をはじめ、1878年の Patterson 判決<sup>78)</sup>、1887年の Mugler 判決<sup>79)</sup>を経て1897年の Allgeyer 判決で実際に州法を違憲無効とするのである。また Mugler 判決は違憲審査のテストとして合理的根拠（合理性）の基準を提示し、2.1.2で述べるように、この Mugler 判決での合理性の基準と1955年の Lee Optical 判決<sup>80)</sup>での合理性の基準の差異が論じられている。この後の実体的

デュー・プロセス理論の経過を以前整理したことがあるが<sup>81)</sup>、要点は次のようになる。第一に、20世紀初頭から1937年の Lochner の時期である。この時期、連邦最高裁は、実体的デュー・プロセス理論を経済的領域に拡大し、大企業寄りの判決を下すようになった。連邦最高裁は、企業家や財産家など有産者の側に立ち、法理的には結論は出ていないが、実体的側面で過ちを犯したといえる。これは、ニュー・ディール法案すら違憲とした連邦最高裁に対し、ルーズヴェルト大統領による、裁判官を増員して自らの政策を受け入れる裁判官を送り込もうとする1937年のコートパッキング・プランを招いた。第二に、契約の自由ではなくプライバシーの権利をめぐる、再び実体的デュー・プロセス理論が用いられた1970年代からの時期である。これは3.1.2で論じられる。なお阿川は、パッキング・プランは民主党議員の造反もあり最終的に廃案になるが、議会で連邦最高裁の定員に変更はないことを確認し快哉を叫んだ上院議員がいたと指摘している<sup>82)</sup>。

## 2 司法消極主義と司法積極主義

### 2.1 司法消極主義

#### 2.1.1 合憲性の推定

合憲性の推定とはどのようなものであろうか。芦部は「主として権力分立原理に基礎をおき…広い意味での「司法の自己制限」の重要な一つの内容<sup>83)</sup>」

75) 大統領（の代理人である軍司令官）による、憲法1編9節2項の人身保護令状の無視（停止）は違憲で、司法権の侵害とのメリーマン事件判決につき、リンカーン大統領は1861年7月の議会教書で、反乱に際し公共の安全上必要とされる場合停止は許されると反論した。1編9節（2項）は、連邦議会の権限に対する制限条項と解されるが、リンカーンは戦時の大統領権限を事実上拡大した。なお、阿川 [2013] 211-214頁参照。

76) ファロン（平地ほか訳）[2010] 84頁。ファロンは「不幸をもたらした Dred Scott 判決とそれに続く南北戦争…の後、連邦最高裁は、不安でおびえていたことも理解できる」という。なお、畑 [1992] 80頁、阿川 [2013] 269-270頁、松井 [2008] 132頁、133-135頁を参照。

77) Munn v. Illinois, 84 U.S. 113 (1877) .

78) Patterson v. Kentucky, 97 U.S. 501 (1878) .

79) Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887) .

80) Williamson v. Lee Optical Co. of Oklahoma, 348 U.S. 483 (1955) .

81) 高橋 [2018] 95-98頁。

82) 阿川 [2013] 359-361頁。

であるという。芦部の指摘する 1796 年の Hylton 判決<sup>84)</sup>の法廷意見は「思うに、少なくとも当該法律は疑わしいかもしれない、そして、当該法律が疑わしいというだけであれば、巡回控訴審の判断を肯定すべきである<sup>85)</sup>」としたうえで、「しかし、仮に裁判所が（違憲を宣言する）そのような権限を有するのであれば、当職（チェイス裁判官）は（違憲が）きわめて明白な場合を除き、そのような権限を決して行使しない<sup>86)</sup>」と述べる。1803 年の Marbury 判決において司法審査権が確立する前から、合憲性の推定は存在したことになる。1819 年の Dartmouth 判決<sup>87)</sup>は「一つ以上の機会について、当裁判所は、そのような問題の考察にアプローチする際の、警告的な細心の注意を表明し、疑わしい事件は憲法に反する立法行為とみなされないと宣言してきた<sup>88)</sup>」と判示した。また、1830 年の Providence Bank 判決<sup>89)</sup>は「社会全体がそれ（州の課税権）が失われていることに関心をもっているので、社会は、それを放棄する州の思慮深い目的が示されていない事件において、その放棄は推定されるべきではないと主張する権利を有する<sup>90)</sup>」と述べた。さらに、1837 年の Charles River 判決<sup>91)</sup>は Providence 判決を引用して「今、本裁判所の前にある（州の、州民

の福祉を図る権限に関する）事件も、原則として、正確に同様（に当該権限の放棄は推定されるべきではないということ）である<sup>92)</sup>」と判示し、州の判断に関する合憲性の推定を示した。このように最も初期の判例から合憲性の推定の原則は確認できるが、これを理論的に提示したのは 1893 年のセイヤー論文<sup>93)</sup>であるとされる。

ところが芦部は、セイヤーの論理を詳しく紹介しながらも「合憲性の推定は、純粋な法律問題を決定するさいは、実際にはほとんど役割を演じない<sup>94)</sup>」として、「セイヤーおよび彼が…論文で分析した初期の判例…から判断すると、事実問題だけでなく、むしろ法律問題に関する議会の決定に対して合憲性が推定されるようにも解される<sup>95)</sup>」という。そこで、セイヤー論文で分析している 33 判例<sup>96)</sup>のうち代表的なものについて検討してみる。まず、前述の Dartmouth 判決は「考察のポイントは：1. この契約は合衆国憲法によって保護されるか、2. この契約は被告が制定する立法行為によって侵害されたかである<sup>97)</sup>」としている。すなわち、大学の許可状は合衆国憲法の契約条項にいう契約に該当するかどうかという法律問題が考察すべき事項とされている。次に、1827 年の Ogden v. Saunders 判決<sup>98)</sup>は「本

83) 芦部 [1973] 131 頁。原論文は 1963 年。

84) Hylton v. United States, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796). ヴァージニア州の車両税が合衆国憲法にいう直接税に該当するかが争われた。該当すれば、州の立法は合衆国憲法に規定される手続を踏まえていないために、合衆国憲法に違反することになる。

85) Ibid. at 173.

86) Ibid. at 175.

87) Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819).

88) Ibid. at 625. ニュー・ハンプシャー州による大学の設立許可状 (charter) も契約に該当するとして、州は、契約上の債権債務関係を害する法律を制定してはならないとする、契約条項 (合衆国憲法 1 編 10 節 1 項) の意味を拡大解釈した。

89) Providence Bank v. Billings, 29 U.S. (4 Pet.) 514 (1830).

90) Ibid. at 514, Syllabus. ロード・アイランド州による銀行に対する課税権が争われた。

91) Proprietors of Charles River Bridge v. Proprietors of Warren Bridge, 36 U.S. (11 Pet.) 420 (1837).

92) Ibid. at 421-422.

93) Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893). [originandscopea00thaygoog.pdf](http://originandscopea00thaygoog.pdf)

94) 芦部 [1973] 132 頁。

95) 芦部 [1973] 132 頁。芦部はこの見解の前提として、合憲性の推定の「原則の内容・効果は、時代により事件により必ずしも同じではなく、さまざまな形をとる」と述べている。

96) 筆者が調べたかぎりでは、33 判例の内訳は、1799 年までのものが 6、1800-1849 年のものが 13、1850 年以降のものが 9、不明が 5 であった。また、明確に連邦最高裁とわかるものが 10、州の判例が 15、英国の判例が 1、不明が 7 であった。

97) Dartmouth, 17 U.S. at 627.

事件における第一のそして最も重要な判断されるべき論点は、本質的に、契約の債務は…州の破産または支払不能法によって侵害されたかという問題に向かう<sup>99)</sup>とする。この事件で考察されているのは、州の破産法は合衆国憲法の契約条項にいう契約を侵害したか否かという法律問題である。Charles River 判決も「チャールズ・リバー・ブリッジの事業主たちは、ウォーレン・ブリッジの建築を授権するマサチューセッツ州議会の立法は、契約の債権債務関係を侵害する立法であり、したがって、合衆国憲法に違反していると主張し<sup>100)</sup>」と述べ、やはり合衆国憲法の契約条項の解釈に関する法律問題が争点であることを示した。1. 2. 1で論じたように、合衆国憲法には州に直接の制限をかける条項は少ないが、そのわずかな例外は契約条項、州際通商規制および必要適切条項であり、これらの条項をめぐる法律問題が初期の司法審査の中心であったといえる。

さらに芦部は「推定の原則が実際の重要な役割を果たすのは、事実の領域である<sup>101)</sup>」といい、この点でプライダンス裁判官の貢献は大きいとした<sup>102)</sup>。そこで、プライダンスの見解を確認すると、1931年のO’Gorman 判決<sup>103)</sup>において「ここで問題となっている立法は、明らかにボリス・パワーの範囲内の事項を扱っている。当裁判所は、前述の特定の規

制方法が合理性を欠き、したがって、原告の法の適正手続を奪うという根拠に基づき、当該立法を無効と宣言することを求められている<sup>104)</sup>」としたうえで、「基礎となる事実問題はこういった立法の合憲性を条件づけるかもしれないから、合憲性の推定は、(合理性を欠くことを示して) 立法をくつがえす、記録上の事実の根拠が見つからないときには、優先しなければならない<sup>105)</sup>」と判示した。プライダンスはここで、第一に、違憲の論点は、第14修正のデュー・プロセス条項に基づくものであることを明らかにし、第二に、ボリス・パワーと2. 1. 2で論ずる合理性の関係を示し、第三に、合憲性の推定と、合憲性を条件づける基礎となる事実問題の関係について簡潔にまとめている。また芦部は、セイヤーが提示した明白の基準という「準則が後に…とくにプライダンスとストーン両判事によって強く主張され、判例法上合憲性推定の原則として発展した<sup>106)</sup>」と述べるが、ストーンについては別の機会に整理した<sup>107)</sup>。ここでは必要な部分のみ再録すると、1938年のCarolene 判決<sup>108)</sup>においてストーン裁判官は、West Coast Hotel 判決<sup>109)</sup>の姿勢を改めて示すとともに<sup>110)</sup>、脚注4で後に重大な影響をあたえる内容を記載した。すなわち、「立法が、憲法の特定の禁止条項の範囲内であると文面上明らかであるときは、合憲性の推定の適用は狭い範囲であるかもしれ

98) Ogden v. Saunders, 12 wheat. 213 (1827) .

99) Ibid. at 254.

100) Charles River, 36 U.S. (11 Pet.) at 420, Syllabus.

101) 芦部 [1973] 132頁。

102) 芦部 [1973] 133頁。

103) O’Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Insurance Co., 282 U.S. 251 (1931) .

104) Ibid. at 257.

105) Ibid. at 257-258.

106) 芦部 [1973] 131-132頁。なお、芦部は司法の自己制限に関連し、プライダンスの「憲法問題回避の準則」を「自製のポリシー」と「十分に熟慮された憲法判決の望ましさ」という二つの政策的考慮にもとづいているとした(芦部 [1973] 44頁)が、この点については別の機会に論じたい。

107) 高橋 [2019] 42-43頁。

108) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 58 S.Ct. 778, 82 L.Ed. 1234 (1938) .

109) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937) .

110) Carolene, 304 U.S. at 152. 脚注4の本文は、以下の通りである。通常の商業的取引に影響をあたえる立法は、立法事実の存在と支援が欠ける法的判断が仮定される場合でさえも、知られることとなった、または一般にそうであると仮定される事実を考慮して、立法者の知識および経験のなかでの合理的基礎に基づく推定を排除するような性格でないかぎり、違憲であると言明されるべきでない。

ない。たとえば、はじめの10箇条の修正のそれら(禁止条項)のような場合である。また、それら(禁止条項)が第14修正のなかに縫合されているときも等しく特定化されているとみなされる<sup>111)</sup>。この記載が、経済的自由と精神的自由について扱いをわけて、合衆国憲法の権利章典部分の条文に文面上該当するような精神的自由の侵害については、合憲性の推定を排して厳格な司法審査を行うと解釈されている。このストーンの見解が二重の基準としてアメリカでは大きな影響をおよぼしたことはいうまでもない。

### 2.1.2 合理性の基準

芦部はO’Gorman判決のプライダンス法廷意見に言及して、「議会の価値判断に合理的な事実の基礎が欠けている場合には合憲性推定の原則が支配しないから、推定の原則は合理性の基準を意味する」といい、「この合理性は、法律の目的と手段との合理的連関だと説明される<sup>112)</sup>」と続ける。向井は「合憲性の推定は合理性の基準に適合していること…についての推定」であるから、合理性の基準とは「法律の制定目的の合理性とその目的達成の手段の合理性の存在<sup>113)</sup>」をいうとした。ただし、ここでいう合理性は、合憲性推定の原則が重要な役割をはたすのは立法事実であることを前提とするものであり、争点が憲法上の条項をめぐる法律問題であった初期の判例にはあてはまらないともいえる。とすると、論理的には、1931年のO’Gorman判決や1938年のCarolene判決の頃以降、合理性の基準は、厳格審査基準と比較される基準として確立したことになる。ところが、ウォーレン・コートにおける1955年のLee Optical判決は「オクラホマの州法は、多くの場合、不必要でむだな要求を強要しているのか

もしれない<sup>114)</sup>」と認めながらも、合理性をみたすようなさまざまな可能性を想定し、さらには「当裁判所が、社会経済規制の州の立法が無分別か、不用意か、あるいは特定の学派と調和していないかもしれないので、それらの立法を無効にするため第14修正のデュー・プロセス条項を使うときは過ぎ去った<sup>115)</sup>」と断定した。これは、Carolene判決で示された、経済的自由に関する規制について裁判所はほぼ黙認するという、二重の基準に基づくゆるやかな基準としての、合理性の基準を極限まで推し進めるものといえるかもしれない。

このLee Optical判決について山本は、その反駁不可能性などを示しながら、「近年、合理性基準に関する…一般的理解が、ニューディール期以前のそれと大きく異なることが風に指摘されるようになってきた<sup>116)</sup>」という。1.2.2でも言及したように、第14修正のデュー・プロセス条項、ポリス・パワー、合理性の基準の関係は、以下のように整理される。第一に、もともと1868年の合衆国憲法第14修正は、1865年の第13修正、1870年の第15修正とともに南北戦争(1861-1865)の後処理として、黒人奴隷制度を明確に否定し平等な黒人の権利を認める修正で、1857年のDred Scott判決を否定するものであった。第二に、ところが、第14修正1節3項の「いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない」という適正な手続(デュー・プロセス)を規定した部分が、デュー・プロセス条項として、契約条項(第1編10節1項)、州際通商規制(第1編8節3項)、必要適切条項(第1編8節18項)に次ぐ、連邦による州の立法に対する規制を正当化する手段として用いられることになった。これは単なる手続にとどまらないという意味で、実体的デュー・プロセス理

111) Carolene, 304 U.S. at 152-153, fn. 4.

112) 芦部 [1973] 134頁。

113) 向井 [1987] 42頁。

114) Lee Optical, 348 U.S. at 487.

115) Ibid. at 488.

116) 山本 [2018] 65頁。

論ともよばれるようになっていく。第三に、州の立法が第14修正のデュー・プロセス条項に違反するか否かという問題は、州の立法がそのポリス・パワーの範囲内であつ正当なものか否かという問題に転換された。第四に、合理性の基準は、第三点を確認する基準としてとらえられたともいえる。第五に、すなわち、第三点において仮に州の立法がそのポリス・パワーの範囲内でも、デュー・プロセス条項をみたさないような合理性を欠くものであれば、それは合衆国憲法に違反するとされることとなった。この意味で合理性の基準は、十分に意義のあるものであった。山本の指摘とは、この合理性の基準がLee Optical 判決によって基準としてはほとんど無力化されているが、それは過剰ではないかということであり、この点は継続して検討される必要がある。

## 2.2 司法積極主義

### 2.2.1 ウォーレン・コートと刑事手続改革

ウォーレン・コート（1953-1969）の政治的・社会的背景について吉川らは、第一に、アメリカ社会のかかえる深刻な人種問題、刑事手続問題、選挙区割の不平等化の問題などを連邦の立法部・司法部、州のいずれもが長く放置してきたこと、第二に、このような矛盾と問題に直面し、連邦最高裁は、救済を試みざるをえなかったこと、第三に、そこには司法部も統治機構の一員との認識があり、かつ矛盾を放置しておくことを、いさぎよしとしない、ヒューマニズムの精神が流れていたことと説明する<sup>117)</sup>。第三点に関連しコックスは裁判所の役割に関して、「行政府や立法部と同じように…積極的・創造的役割を果たすべきなのか。それとも、自己抑制により

政治的判断…のある問題は立法府に委ね、また新しい方向への出発は他の機関に…譲る…べきなのか<sup>118)</sup>」と自問する。第一点の人種問題につき、どの程度長く放置してきたのかを確認したい。アメリカにおいて奴隷制度は1619年にはじまったとされ、1789年に連邦裁判所が設置されて、社会的課題である奴隷制度の方向づけをしようとして1857年Dred Scott 判決が出されたが、これは失敗して南北戦争のきっかけの一つになるとともに、マーシャル首席裁判官が1801年から1835年に築きあげた最高裁の権威を失墜させた。南北戦争後の1883年にも、最高裁は公民権事件判決<sup>119)</sup>において南部に迎合した。1925年には現状追認のPlessy v. Ferguson 判決<sup>120)</sup>を出し、これは「分離せずとも平等の法理」として先例となっていた。1954年のBrown I 判決<sup>121)</sup>まで1619年から335年、最高裁の設置から165年である。同じく、刑事手続問題につき、1791年の「何人も、刑事事件において自己に不利益をもたらす証言を強制されない」と規定する憲法第5修正から1966年のMiranda 判決<sup>122)</sup>まで175年である。あまりにも長いと思わない者はいないであろう。

しかし、検討すべき論点はこれにとどまらない。吉川らは、ウォーレン・コートに対して司法消極主義から「社会に、いかに矛盾と不正義があろうとも、司法部のなしうることは、本来限定されている。…係属中の事件を決することが司法部の本務であって、それをこえて、…社会に存在するすべての不正義と矛盾の解決を…考えるがごときは、司法の独立と中立を守るゆえんではない<sup>123)</sup>」という批判があるとす。大沢は裁判所の役割を、①紛争解決手段、②法明確化機関、③「裁判所が社会を変化させる有

117) 吉川ほか [1970] 7-8頁。

118) コックス (吉川ほか訳) [1970] 3頁。

119) The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883) . 法廷意見は、第14修正が禁じるのはステート・アクション (州による行為) で、私人による他の私人の権利侵害は対象ではないとした。

120) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) .

121) Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I) , 347 U.S. 483 (1954) .

122) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) .

123) 吉川ほか [1970] 8-9頁。

効な道具<sup>124)</sup>」であるという社会変化手段、④「裁判所の判断が公共政策を樹立する上で重要な要因となる<sup>125)</sup>」という社会変革手段、の四つとするが、前述の批判は、①②のみが裁判所の本務であるとし、③④を否定しているといえる。この①②③④は、さらなる論点を導き出す。コックスは、最高裁は「その判決の一般社会への影響という側面を無視することができないが、「いかなる実体的結果が国にとって最善であるか」という問への答は、往々にして、「法によればどういふ判決を出すべきか」と問うた結果得られる答と矛盾する<sup>126)</sup>」という。すなわち、望ましい実体的結果と望ましい法理に基づく判決は矛盾することがあるのだ。Brown I判決を例にとり、これを具体的に考えてみる。同判決は Plessy 判決の「分離せずとも平等の法理」をくつがえすため原審の「公立学校における白人と有色人種の児童の分離は、有色人種の児童に有害な影響をもたらす。…法律の裁可のある分離は、それゆえに、黒人児童の教育的および精神的向上をさまたげ、黒人児童から、人種の差別のない教育体系においては受け取れたであろう、一定の便益を奪う傾向を有する<sup>127)</sup>」という事実認定を引用したうえで、「Plessy v. Ferguson 事件時に心理学の知識の範囲がどのようなものであったにせよ、(原審の)この事実認定は十分に近代的権威によって支持されている<sup>128)</sup>」と結論した。

そして、その脚注11において六つの心理学関連の文献を示した<sup>129)</sup>。ただ、それらの文献がいかに高度なものであったとしても、それらが法理に基づく判決を導くというには無理があると感じる。これが Brown I 判決は結論は妥当だが、その法的論理には問題もあるとされる理由の一つである。

平等性を重視するウォーレン・コートは、刑事手続問題についても大きな業績を残した。刑事手続の多くは州によって行われたが、第一に、明確な令状に基づかない捜索や証拠の押収、第二に、拘束状態における自白の強要、第三に、弁護士なしの裁判など公判段階での問題が事実上黙認されていた。そこで、第一点については、1961年の Mapp v. Ohio 判決<sup>130)</sup>で違法に取得された証拠の公判における使用の禁止を、1964年の Aguilar 判決<sup>131)</sup>で逮捕状、捜索令状の発行要件の厳格化を判示した。第二点については、1963年の Gideon v. Wainwright 判決<sup>132)</sup>で重罪における公選による弁護人の義務づけを、同年の Douglas v. California 判決<sup>133)</sup>で上訴のための弁護人の義務づけを、1964年の Escobedo 判決<sup>134)</sup>と1966年の Miranda 判決で自白に関する法理の書き換えを実現した。前述の通り、ここにおいても1791年の憲法第5修正の条文がようやく州においても実行されることになったのである。第三点については、1956年の Griffin v. Illinois 判決<sup>135)</sup>で被告側へ

124) 大沢 [2003] 81頁。

125) 大沢 [2003] 84頁。大沢は、この社会変革手段としての裁判所の役割の例として Brown I 判決をあげ、84頁から94頁で、同判決の背景や関連判決も含めて詳細に論じている。

126) コックス (吉川ほか訳) [1970] 6頁。

127) Brown I, 347 U.S. at 494. この部分は、the Kansas case の事実認定を引用した。

128) Ibid. at 494. この部分は、ウォーレン首席裁判官による執筆である。

129) Ibid. at 494, fn. 11. その六つの書籍や論文とは、次の通り。① K.B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950) ; ② Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI ; ③ Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion, 26 J.Psychol. 259 (1948) ; ④ Chein, What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int.J.Opinion and Attitude Res. 229 (1949) ; ⑤ Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., 1949), 44-48 ; ⑥ Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. なお、これ以外に一般的な参考文献として、ノーベル経済学受賞のスエーデンの経済学者ミルダールの『アメリカのジレンマ』をあげた。

130) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) .

131) Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964) .

132) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963) .

133) Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) .

134) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964) .

の公判記録の写しの付与を、1963年の Brandy 判決<sup>136)</sup>で検察官が有する証拠の開示、不開示、1964年の Arnold 判決<sup>137)</sup>で陪審員の選任、1965年の Douglas v. Alabama 判決で敵性証人に対決する特権、1967年の Washington 判決<sup>138)</sup>で防御のための証人の強制的手続を用いる権利、に関するそれぞれ憲法上の審査の強化を示した。さらに、1967年の In re Gault 判決<sup>139)</sup>では少年審判手続に通常の刑事手続上の保障を適用することを決めた。

このようにウォーレン・コートは、1938年の Carolene 判決のいう、平等保護の観点から宗教的少数者、国籍の少数者、人種的少数者などの「分離し孤立した」少数者の場合、その擁護について裁判所は決定権を留保するという方針を忠実に実行したと評価できるが、それらの多くは州の負担、犠牲をとともうのものであったことにも留意すべきだろう。実際、ウォーレン・コートの刑事手続改革は、捜査機関の活動を不当に困難にするものであるという批判は現在にいたるまで根強い。これが司法積極主義とは好ましくない司法府による逸脱という意見につながるが、この点については次節でさらに検討したい。また、ウォーレン・コートは Griswold v. Connecticut 判決<sup>140)</sup>において、合衆国憲法に明記されていない避妊の自由について、プライバシー権を規定した。このプライバシー権が拡大解釈され、3章で論ずる実体的デュー・プロセス理論を再び用いた Roe v. Wade 判決<sup>141)</sup>に影響したことも述べておく。

## 2.2.2 司法積極主義の是非

前稿において、エマーソンや芦部の司法積極主義と司法消極主義（司法の自己抑制）についての見解を一部紹介し、また司法積極主義と民主主義の関係にも言及した。簡単に再言すれば、第一に、エマーソンによれば、裁判所が違憲立法審査権を積極的に用いるべきとの立場が司法積極主義で、自己抑制すべきとの立場が司法消極主義であること<sup>142)</sup>、第二に、芦部によれば、最高裁と立法府・行政府の態度で整理し、ともに現状維持的なときは1) 消極主義、ほかのみが現状改革的なときは2) 積極主義、最高裁のみが現状改革的なときは3) 積極主義、ともに現状改革的なときはケース・バイ・ケースとできること<sup>143)</sup>、第三に、2) 積極主義は Lochner の時代、3) 積極主義はウォーレン・コートに該当すること、第四に、とくに3) 積極主義には、選挙で選ばれたわけではない最高裁の裁判官が政治的な決定を行うことは民主主義に反するとの批判があることである<sup>144)</sup>。

まず、司法積極主義の使われ方について会沢は、第一に、「裁判所…の意見判断を、批判的に評価する際に援用され…決してポジティブに語られる言葉ではない」こと、第二に、「しばしば「リベラルな」という含意をもつ」が、「そのような用法は自明ではない」こと、第三に、「狭義の法の世界…のみならず、政治家を含め広く社会一般で使われている<sup>145)</sup>」ことを指摘する。またルーズヴェルトも「實際上「司法積極主義者」という言葉は、自分と意見が一致しない諸判決を誇張して非難するための簡潔

135) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956) .

136) Brandy v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963) .

137) Arnold v. North Carolina, 376 U.S. 773 (1964) .

138) Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967) .

139) In re Gault, 387 U.S. 1 (1967) .

140) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

141) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) .

142) エマーソン (小林ほか訳) [1972] 72頁 訳注。原著の付録を訳注として簡約的に紹介したとある。4頁。

143) 芦部 [1983] 105-106頁、とくに105頁の図表を参照。なお、この見解はもともと1967年の論文「違憲審査制をめぐる課題」でG. シューバートのアプローチ (四区分) に言及しながら発表され、これを1971年の論文「司法の積極主義と消極主義」の補説として再録し、後の論文が芦部 [1973] 349-370頁 (補説部分は367-370頁) に収められたものである。

144) 高橋 [2019] 61-63頁。



な言い方にすぎないことが多い<sup>146)</sup>』という。つまり、リベラルな判決を批判、非難するとき誰もが使う、あいまいな表現にすぎないという見方があるのだ。会沢はさらに、司法積極主義 (Judicial activism) の語は、1947年に歴史学者シュレージンガーによって使われたことを紹介したうえで、シュレージンガー自身はこの用語に Lochner 時代を想定していたが、数年後のウォーレン・コート の活動につれ、その批判に援用されるようになったと指摘した<sup>147)</sup>。あいまいな用語ではあるが、Lochner 時代とウォーレン・コートについて司法積極主義が用いられることが多いのは明らかと考えられる。大沢は消極主義や積極主義を「司法の政策形成の積極性をめぐる区別として考え」、「司法消極主義とは、…裁判所が…広範な影響を及ぼす政策形成を行うべきではなく、また…賢く行うことはできないとするもので」あり、「司法積極主義とは、…政策形成を行うべきであり、かつ…できるというもの<sup>148)</sup>』という。2.2.1で述べたように、大沢の観点には社会変革手段としての裁判所の役割がある。社会変革のためには政策形成に関わらざるをえないし、また十分できるというのである。大沢はアメリカにおける裁判所の政策形成能力の存在につき五つの主張を紹介しているが<sup>149)</sup>、これらがアメリカ固有か、普遍性をもちうるのかは議論がわかれるであろう。

次に、司法積極主義と民主主義の関係であるが、

芦部は「裁判所は政治的に責任を負えないとか、国民を代表する民主的制度ではないとか、いう一般的な命題をみちびき、司法の自制を強調するのは、一面的な論議であろう<sup>150)</sup>』という。新はわが国における憲法訴訟を前提として、消極主義とは「裁判所が憲法問題について「違憲」と判断することに消極的な態度」をいい、積極主義とは「積極的に「違憲」との判断を下す態度<sup>151)</sup>」を意味するとした。そして新は、このような立場の違いは論者のデモクラシーと司法審査の関係の理解の違いから生じるとして、リンカーンのことばをあげながら概ね以下のようにいう。第一に、本来、国民 (人民) 主権とは of the people を意味すること、第二に、同じく民主主義とは統治の方法または形式として by the people を意味すること、第三に、しかし、今日民主主義が語られる場合、両者に for the people も含めて漠然と語られることが多いこと、第四に、第二点の by the people を重視するのは、手続的民主主義の立場であること、第五に、統治の目標である実体面 for the people を重視するのは、実体的民主主義の立場であることである<sup>152)</sup>。このように考えると、司法積極主義とは実体的民主主義の立場で、司法積極主義が民主主義に反しているとの批判は手続的民主主義の立場である、と解することもできる。また大沢は「たとえば民主主義の政治過程それ自体を成り立たしめている民主主義の基本的な原則を擁

145) 会沢 [2018] 283-284頁。会沢はこのエピソードを連邦最高裁のステーブンス裁判官の引退表明に関連した、2010年4月のオバマ大統領の取材に対する発言を前提として紹介している。

146) ルーズヴェルト (大沢訳) [2011] 4頁。

147) 会沢 [2018] 285-286頁。

148) 大沢 [2003] 170頁。

149) 大沢 [2003] 173-174頁。具体的には、①裁判官の前歴は政治と関係が深い職歴が多いこと、②裁判所に提出される問題は、全国的に影響をあたえる問題を凝縮した形で提起されていること、③アメリカにおいては、訴訟に関係する団体が、事件に関する意見を提出できること、④当事者は競って自分に有利となる事実を提示しようとするため、政策形成の情報は十分集められること、⑤政党の意向に従う可能性もある立法府よりも、むしろ裁判所は自ら立法事実を調査できることを示した。

150) 芦部 [1973] 368頁。原論文は1967年。

151) 新 [2008] 295頁。

152) 新 [2008] 296頁。新自身は、実体的民主主義よりも手続的民主主義が正当とされねばならないといい、その理念的な理由として、次のものをあげる。第一に、古来より「国民のため」という名のもとに、専制が行われ、独裁が行われてきた。例は啓蒙専制君主フリードリヒ二世や、共産主義・社会主義的政府のプロレタリア独裁、ファシズム・ナチズムによる独裁である。第二に、他方、「国民のため」という統治の目標・指標を定めるのは、民主主義でなく、概念上全く別個の政治的原理である。わが国の憲法においては、それは全体主義と対立する概念である自由主義である。新 [2008] 298頁。

護するという限りで裁判所が介入することは認められるのではないか<sup>153)</sup>」と述べる。いずれにせよ、この問題はやはり国のあり方と関わっていると考えらるべきであろう。

戸松は司法の積極主義と消極主義について「政治部門とは別に独自の憲法判断を示す姿勢をもっていか否かを語る概念である<sup>154)</sup>」としたうえで、「司法積極主義・消極主義は、憲法裁判の実態を分析し説明するための概念であるから、論者が都合よいと思う意味づけをすればよいのであり、何が正しい意味づけかを問う必要はない<sup>155)</sup>」という。大沢も *Bush v. Gore* 判決<sup>156)</sup> を念頭において「司法積極主義に対する適切な批判をなすにあたっては、何をもって司法積極主義と定義するか、またそもそも司法積極主義について十分に定義することが可能かということが問われる必要がある<sup>157)</sup>」とする。さらに会沢は、この大沢の見解に言及し「そもそも、「司法積極主義…」…は頻繁に言及されるものの、…その内実は明晰さとはほど遠い<sup>158)</sup>」という。そこで本稿において司法積極主義とは、社会的課題の是正に貢献するため実体的結果と法理に基づく判決をもにめざすものとする。この具体的な検討は第3章で行われる。

### 3 社会的課題の解決と手法

#### 3.1 人工妊娠中絶をめぐる背景

##### 3.1.1 生命倫理学と人工中絶

加藤らは生命倫理学の基本的概念として、インフォームド・コンセント<sup>159)</sup>、パターナリズム<sup>160)</sup>、パーソン論<sup>161)</sup>、生命の神聖さと生命の質、医療資源の配分、ケアを提示した。これらの概念のうち人工中絶の議論に必要なパターナリズム、インフォームド・コンセント、自己決定に絞って歴史的な経過を説明する。江崎は「パターナリズムの治療行為とは、(イ) 医師は「患者の利益」になると考える治療行為を行なう、(ロ) その治療行為は「患者の自己決定の自由」を侵害する、すなわち「自由への干渉」である、(ハ) 「患者の利益」によって「自由への干渉」は正当化される<sup>162)</sup>」という。もともと医療は患者の利益のためにとの認識のもとで、パターナリズムにより行われる傾向が強かった。ところが、江口によれば、第一に、1947年に大戦中の人体実験に対する反省から、臨床実験には被験者の同意がいるとするニュルンベルク綱領<sup>163)</sup>が定められたこと、第二に、1964年に治癒的・非治癒的を問わず臨床実験にかかわる被験者の書面での協力への同意（インフォームド・コンセント）が必要と

153) 大沢 [2003] 173頁。

154) 戸松 [2008] 413頁。

155) 戸松 [2008] 416頁 注1)。

156) *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). 2000年の大統領選出の手續が争われた。連邦最高裁がフロリダ州最高裁の票の再集計の命令を取消し、再集計をやめるよう指示したが、連邦最高裁があまりにも党派的に行動したのではないかという強い批判がある。

157) 大沢 [2011] 223頁。

158) 会沢 [2018] 286頁。

159) 江口 [1998] 30頁。江口は、インフォームド・コンセントとは「医療従事者が患者や被験者に対して十分な説明を行ない、それに患者あるいは被験者が同意を明確に示して初めて医療従事者は患者に対し治療や実験を施すことができるという考え方」であるという。

160) 江崎 [1998] 65頁。江崎は、一般的なパターナリズムを「ある者（個人、団体、あるいは国家など）が、他者自身のためになるという理由から、その他者に対してなす干渉行為、あるいは、そのような行為の思想的な立場ないし考え方」であるという。

161) 蔵田 [1998] 97頁。蔵田は、パーソン論とは「あるものが「人格」（生命権の主体）であるためには「自己意識があること」といった条件が必要であり、そのような条件をみたさない存在者の死を引き起こすことは許されるという議論」であるという。

162) 江崎 [1998] 70-71頁。江崎は、パターナリズムの定義（イ）（ロ）と正当化（ハ）をわけて分析している。

163) 1947年 ニュルンベルク裁判をうけて採択されたものであり、研究目的の医療行為（臨床試験及び臨床研究）を行うにあたって厳守すべき10項目の基本原則が定められている。医学的研究のための被験者の意思と自由を保護するガイドラインである。https://meddic.jp/ ニュルンベルク綱領

するヘルシンキ宣言<sup>164)</sup>がなされたこと、第三に、医療現場での患者の権利主張とそれともなう医療過誤の訴訟の増加が、1960年代後半からのアメリカ公民権運動や消費者運動などの影響を受けて、前述の臨床実験を想定したインフォームド・コンセントが治療行為においても注目され、1973年のアメリカ病院協会による「患者の権利章典<sup>165)</sup>」として結実したことになる<sup>166)</sup>。岡本は「生命倫理学の原理が『自己決定』にあるならば、まさにインフォームド・コンセントこそがすべてを貫く原則なのだ<sup>167)</sup>」とし、「人工妊娠中絶から議論を始め(る)…理由は、『中絶』…が、生命倫理学の早い時期に議論され、その後生命倫理学全体の枠組みを形作ったからだ<sup>168)</sup>」という。本稿では社会的課題の解決における応用倫理学の役割を考えるなかで、生命倫理学のアプローチ(中絶)をとりあげるが、その理由の一つは岡本のいうように、中絶問題が1970年前後の最も早い段階から議論がはじまっていることと、自己決定権、パーソン論による重要な議論の枠組自体を提供したことにある。

議論の出発点としてヌーナンは「妊娠中絶についての…根本的な問題は、『ある存在者が人間であることをどうやって規定するのか』ということ<sup>169)</sup>」

だと述べたうえで、カトリックの立場から「いったん受胎されれば、その存在は人間だとみなされた<sup>170)</sup>」とし、人間であることの基準は受精(受胎)であるといい、生存可能性<sup>171)</sup>、社会的な可視性<sup>172)</sup>、経験や感情<sup>173)</sup>に基づく他の基準よりも強力であると結論づけた<sup>174)</sup>。ヌーナンに代表される中絶反対論の主張について江口は、「(前提1) 罪のない人間を殺すことは不正である。(前提2) 胎児は罪のない人間である。(結論) 胎児を殺すこと(中絶)は不正である<sup>175)</sup>」とまとめた。平石は、中絶が不正な殺人ではないとの反論には二つあり、「一つは『胎児の資格』を問うこと、すなわち、『胎児は人ではない』から『中絶は殺『人』ではない』という方向であり、もう一つは『権利の衝突』を問題とする、すなわち『中絶は『不当な』殺人ではない』という方向である<sup>176)</sup>』という。平石のいう前者が、トゥーリーの示す「あるものが生命に対する重大な権利をもつには、それはどのような特性を備えていなければならないか<sup>177)</sup>』というパーソン論(胎児の道徳的地位)であり、後者が、トムソンの示す「胎児は生命への権利をもつ。もちろん、母親は自分の身体内で起こることや身体に対して行われることを決定する権利をもつ<sup>178)</sup>』という自己決定権(身体

164) 世界医師会(WMA)が、特定できる人間由来の試料およびデータの研究を含む、人間を対象とする医学研究の倫理的原則の文書として採択した。1964年以来、何度かの修正が行われている。

<http://www.med.or.jp/doctor/international/wma/helsinki.html>

165) 以下のURLに和訳が掲載されている。<https://cellbank.nibiohn.go.jp/legacy/information/ethics/patrights.htm>

166) 江口 [1998] 32-33頁。

167) 岡本 [2002] 105頁。

168) 岡本 [2002] 21頁。なお、岡本は基本的な問題として(1)胎児を殺すことの正当化、(2)希少な医療資源の配分、(3)自己決定の原理というテーマを提示した。岡本 [2002] 19頁。

169) ヌーナン(太田訳) [2011] 1頁。原論文の初出は1970年。

170) ヌーナン(太田訳) [2011] 2頁。

171) ヌーナン(太田訳) [2011] 2-3頁。生存可能性とは、胎児が母の子宮から摘出された場合の生存可能性を意味する。

172) ヌーナン(太田訳) [2011] 4-5頁。ヌーナンによれば、社会的な可視性とは、他の人々とコミュニケーションできて社会の成員となる可能性を意味する。

173) ヌーナン(太田訳) [2011] 3-4頁。ヌーナンによれば、経験とは「生活し苦しみ、記憶をもっている」ことであり、感情とは、ある胎児に対する両親など大人の感情を意味する。

174) ヌーナン(太田訳) [2011] 6-8頁。

175) 江口 [2011] 272頁。

176) 平石 [1989] 207頁。

177) トゥーリー(神崎訳) [2011] 81頁。原論文の初出は1972年のPhilosophy & Public Affairs, Vol. 2, No. 1。

178) トムソン(塚原訳) [2011] 12頁。原論文の初出は1971年のPhilosophy & Public Affairs, Vol. 1, No. 1。

に対する権利)である。両論文は議論の中心となった。なお、トムソン論文はヴァイオリニストのたとえ話<sup>179)</sup>で有名だが、江口は、一回目の抄訳では割愛されていた善きサマリア人の話<sup>180)</sup>がトムソンの意図を理解するためにはたいせつであるという<sup>181)</sup>。また、次節で検討する Roe v. Wade 判決でも、トムソンの論点は憲法上のプライバシーの権利として、トゥーリーの論点は合衆国憲法第14修正の「人」として、判示の中心となっていく。

さて、トムソンの身体に対する権利についてプロディは、自己防衛権として考えた場合、その条件は、相手方(胎児)が女性(母)の生命を奪おうとしており、かつ奪おうとしていることに責任があるときにかぎられるから<sup>182)</sup>、「中絶は自己防衛という理由で正当化されるものである」という主張に疑問を投げかける<sup>183)</sup>。また、法哲学者のフィニスも自分の身体に対する権利はあいまいで多義的な概念であり、有効にするにはもっと明確にする必要があると批判した<sup>184)</sup>。いずれにせよ、身体に関する権利には問題があるという指摘は多い。それでは、トゥー

リーが展開したパーソン論についてはどうであろうか。ウォレンはトムソンとプロディの論文を検討し<sup>185)</sup>、ヌーナンの主張の前提について批判する<sup>186)</sup>。そして、「いったん「胎児は完全な道徳的権利をもっている」と…認めてしまえば、「中絶は正当化できるか…」という問題は非常に…難しい<sup>187)</sup>」としたうえで、道徳的に人間であることの特徴として「(1)意識(自分の内外の対象と出来事についての)…(2)推定能力…(3)自発的な活動…(4)なんらかの手段で不特定の種類のメッセージをコミュニケーションする能力…(5)自己の概念と自己意識をもつこと<sup>188)</sup>」を提示する。ウォレンの分析によれば、胎児は道徳的な意味での人間ではないことになる<sup>189)</sup>。これらの議論を踏まえて1975年イングリッシュは、次のような考察を提示した。第一に、保守派による、人間の生命は受精時からなので中絶は殺人であるとの主張には、人間を殺すことも自己防衛であれば正当化されると反論した。第二に、リベラル派による、胎児はひとでないとの主張には、①仮に胎児がひとでなくても理由もなく命を奪うことは多くの場合不正

179) トムソン(塚原訳)[2011] 13-14頁、16-17頁、21-27頁、32-35頁。たとえ話は、気づくと、血液型の適合性のため、意思とはまったく無関係に、意識不明の有名なヴァイオリニストと腎臓が背中あわせにつながれた状態で、一緒にベッドの上にいるというものである。この状態が続く期間や理由などをさまざまに変化させるなかで議論が続けられる。トムソンが示したかったことの一つは、有名なヴァイオリニストという、一般的な価値は認められるが自分とはまったく関係のない人物のために、自分の腎臓を使わせるという負担を、自発的ではなく強要されているという点であろう。

180) トムソン(塚原訳)[2011] 29-34頁。善きサマリア人の話とは、司祭やレビ人が助けなかった、困っている者を、自分の旅路を外れ、自らの懐を痛めて救った善きサマリア人の説話のことである。(『ルカによる福音書』10:30-35)。トムソンの趣旨は、善きサマリア人であることは称賛されるべきではあるが、そうあることを強要されるようなものではない、中絶を禁止されることは女性にとって、善きサマリア人であることを強要されているに等しい、ということであろう。

181) 江口[2011] 293-294頁。

182) プロディ(藤枝訳)[2011] 38-39頁。

183) プロディ(藤枝訳)[2011] 39頁。

184) フィニス(小城訳)[2011] 48-49頁。フィニスの説明によれば、トムソンの「自分の身体への権利」は、「一つは人間の「自分の身体に対する正当で優先的な請求権」であり、もう一つは人間の「自分の身体内で起こることや身体に対して行なわれることを決定する権利」である。しかし、特定の権利についての道徳判断を正当化するためには、どちらのバージョンももっと明確にする必要がある」という。そして、フィニスはその後、同権利について詳細に分析し、多くの権利を混同していると述べる。49-50頁。

185) ウォレン(鶴田訳)[2011] ウォレンは、トムソンを批判するプロディは「もし胎児が人間であるなら当然中絶は道徳的に不正だ、というこの隠れた前提を見つけそこね」ているとし(118頁)、トムソンのヴァイオリニストの例を検討したうえで、「トムソンのアナロジーは、中絶が道徳的に許容可能だということの明確で説得力のある証明にはなりえない」とした(125頁)。

186) ウォレン(鶴田訳)[2011] 128頁。ウォレンは「遺伝的な意味で人間である者ならだれでも道徳的な意味でも人間であるということを示す論証が欠落しているにもかかわらず、ヌーナンは、そうした論証を何も提示していない」という。

187) ウォレン(鶴田訳)[2011] 125頁。

188) ウォレン(鶴田訳)[2011] 130頁。

189) ウォレン(鶴田訳)[2011] 121-137頁。なお、ウォレンは「新生児殺しに関する追記」で新生児殺しが許容可能にはならないことを説明している。137-139頁。

であるとし、同じく自分の身体の内外でしたいことをしてよいとの主張には、同時に他の人々に悪影響をあたえるなら認められないと退けた。第三に、また、②胎児がひとであるとしても中絶は多くの場合正当化しようとした。第四に、パーソン論については、「単一の基準によっては…ひとの概念をつかみきれないし、…線引きもできない<sup>190)</sup>」とした。第五に、そのうえで、①と②の折り合いをつけることは可能であると述べた。パーソン論については否定的であるが、中絶が不正か正当化できるかは時期などにより整理できるとしたのである。イングリッシュの見解は穏当であるとされている。この後も哲学者による生命倫理の議論は続くが、1973年の *Roe v. Wade* 事件に近い時期のものはこれらに集約されるとしてよい。

### 3. 1. 2 Roe v. Wade 事件

これほど知名度の高い判例はないように思われる。大沢は、1919年から1978年のアメリカの著名な最高裁判決として10判例をあげている<sup>191)</sup>。ルーズヴェルトは、1965年から2003年の最近のハード・ケースとして10判例を示した<sup>192)</sup>。山本は *Barnett* を引用して、1803年から1973年のパラダイム・ケースとして6判例を特定している<sup>193)</sup>。これらさまざまな基準に基づく選定において、すべての場合に選ばれたのが *Roe v. Wade* 事件である<sup>194)</sup>。しかも、判決後45年以上経ったにもかかわらず、今現在も激しい論争と運動の渦中にある。

まず、*Roe* 判決の背景にあるアメリカの中絶に関する社会立法の状況について整理する。萩野は「19世紀半ばからほぼ150年に及ぶ中絶問題の歴史が存在している<sup>195)</sup>」として詳細にその内容を述べているが、概要は次のようになる。第一に、1800年から1830年頃までは、コモン・ローにより4、5カ月後の胎動が確認された後は処罰の対象になったが、それ以前の期間は事実上不問とされていたこと、第二に、1840年代頃より、①非法な中絶の横行、②一部は中絶に起因すると思われる出生率の低下、③中絶による社会モラルの動揺という理由から中絶は注目されるようになったこと、第三に、1860年から1880年にかけて、競合者の排除を狙う医師会の活動もあり中絶の禁止が進められて、40州で厳しい反中絶法が制定されたこと、第四に、1950年代後半から、医師会の関与も含めさまざまな要因から中絶の合法化の動きが表れ、12州で緩和された州法が制定されたこと、第五に、同判決の直前である1970年から1973年には、4州は完全自由化、15州は条件付容認、31州は禁止という混乱した状態になっていたことである<sup>196)</sup>。アメリカにおいて厳しい中絶禁止の法が優位であったのは、1860年から1960年頃の100年間余りであったことが理解される。また *Roe* 判決当時、すでに中絶問題は大きな社会的課題であった。

次に、同判決にいたるまでの連邦最高裁の判例をみていく。1942年の *Skinner* 判決<sup>197)</sup>で最高裁は、当該州法は種の存続にとって基本的な婚姻と出産に

190) イングリッシュ (相澤訳) [2011] 141-142頁。

191) 大沢 [2003] 22-23頁。大沢のいう著名な最高裁判決とは、*Carolene* 判決 (注108、権利制限と司法審査)、*Mapp* 判決 (注130)、*Miranda* 判決 (注122、適正手続)、*Roe* 判決 (注141、プライバシーの権利)、*Brown I* 判決 (注121)、同II判決と他1判例 (平等保護)、2判例 (表現の自由)、1判例 (政教分離) である。

192) ルーズヴェルト (大沢訳) [2011] 92-168頁。ルーズヴェルトのいうハード・ケース (難事件) とは、*Roe* 判決 (注141)、*Casey* 判決 (注227、アポーション)、3判例 (同性愛者の権利)、1判例 (公用取用)、1判例 (政教分離)、2判例 (死刑)、1判例 (選挙資金改革) である。

193) 山本 [2018] 73頁。山本のいうパラダイム・ケースとは、*Marbury* 判決 (注44、司法審査)、*Dred Scott* 判決 (注57)、*Plessy* 判決 (注120)、*Brown I* 判決 (注121、人種差別)、*Lee Optical* 判決 (注80、経済的自由と司法審査)、*Roe* 判決 (注141、妊娠中絶) である。

194) *Roe* 判決以外で複数回選ばれたのは *Brown I* 判決 (1964) が2回だけである。

195) 萩野 [2012] 3頁。

196) 萩野 [2012] 3頁、6-7頁、13頁、37-41頁、60-62頁。

関わる基礎的な市民的権利を侵害すると判示し、合理的根拠（合理性）の基準ではなく、厳格な基準を適用して違憲無効とした。出産の権利を 1. 2. 2でも論じた基本的権利としたのである。ウォーレン・コート期の 1965 年の Griswold 判決は、「妊娠を妨げる目的のためのいかなる薬物、医療物品または器具を使用する、いかなる者も…罰金を科されるか、…収監を科せられるか、または罰金と収監を科せられる<sup>198)</sup>」とした州法を合衆国憲法に違反するとした。原告は第 14 修正違反を主張したが、「当裁判所はそれを退ける<sup>199)</sup>」と述べた。そのうえで、列挙されている言論の自由と列挙されていない結社の自由との関係などをあげ、「前述の事例は、権利章典における特定の保障（列挙されている権利）は、…それら保障からの放射物によって形成される、半影（penumbras；列挙されていない権利）を有することを示唆する<sup>200)</sup>」とした。さらに「さまざまな保障はプライバシーの領域を創造する<sup>201)</sup>」と保護に値するプライバシーに言及した。避妊具の使用を禁ずることがプライバシーの侵害を構成するとしたのである。1972 年の Eisenstadt 判決<sup>202)</sup>は、Griswold では婚姻関係に限定していた対象を独身者にも拡大し、Griswold では使用のみを侵害としていたが、避妊具の販売禁止も違憲とした。プライバシーを重要な決定を下す自律の権利とし、この保護されるべき自律の権利として出産にも言及したが、これは明らかに Roe 判決のための基礎ともいえる。

これらを踏まえ Roe 判決は、次のように判示した。

第一に、歴史分析について、「（中絶を全面的に禁止する）州法は、古代の法やコモン・ローに由来するものではない。代わりに、大部分は 19 世紀の後半において影響を受けた、法制の変化に由来する<sup>203)</sup>」として、中絶禁止は近年のことであると述べた。第二に、憲法上のプライバシーの権利について、「個人のプライバシーの権利や、保障された一定のプライバシーの領域やゾーンが合衆国憲法で存在することを認識してきた<sup>204)</sup>」として、Griswold 判決を含む多数の判例をあげ、「基本的な」または「列挙された自由の概念において黙示された」とみなされる個人の権利は、この個人のプライバシーの保障に含まれる<sup>205)</sup>と述べた。また、「プライバシーの権利は、当裁判所が感じるように、第 14 修正の個人的自由…において見いだされるか…は別として、妊娠を停止するか否かの女性の決定権を含むに十分な広範囲のものである<sup>206)</sup>」と示した。すなわち、①第 14 修正のデュー・プロセス条項で保護された「自由」は、②「基本的な権利」とみなせる③プライバシーの権利を含み、④プライバシーの権利は、④中絶するか否かの女性の決定権を含む、と解される。第三に、パーソン論について、「第 14 修正において用いられている「人」という用語は未出生者（unborn）を含まない<sup>207)</sup>」としたうえで、「人の生命はいつからはじまるかという難問を解明する必要はない<sup>208)</sup>」とした。憲法上は胚芽、胎児は人ではなく、いつから人になるかも判断しないとしたのである。第四に、比較衡量について、「個人のプ

197) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) . 繰り返し犯罪を行う者に断種の刑罰を課すオクラホマ州法の合憲性が争点となった。

198) Griswold, 381 U.S. at 480.

199) Ibid. at 482.

200) Ibid. at 484.

201) Ibid. at 484.

202) Eisenstradt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972) .

203) Roe, 410 U.S. at 129.

204) Roe, 410 U.S. at 152.

205) Roe, 410 U.S. at 152.

206) Roe, 410 U.S. at 153.

207) Roe, 410 U.S. at 158.

208) Roe, 410 U.S. at 159.

ライバシーの権利は中絶の決定権を含むが、しかし、この権利は無条件のものではなく、(妊婦の保護、出生前の生命の保護など) 規制における重要な州の利益に対して衡量 (considered) されなければならない<sup>209)</sup>」として、女性の中絶の決定権 (利益) と出生前の生命の保護などの州の利益を比較し衡量する必要があると判断している。

大沢は、憲法上の権利と判決の内容につき「一般的にあまり評価は高くない<sup>210)</sup>」という。ルーズヴェルトは「ロー事件は、痛ましいほどに説得力のない判決である<sup>211)</sup>」と述べる。ファロンは「連邦最高裁の多数は、妊娠中絶問題が生み出す分裂がどれほど果てしないものになってしまうのかを予想していなかった<sup>212)</sup>」として、中絶の反対者は、第三点につき「妊娠中絶は…人間の胎児を破壊するもの」であるとし、第二点につきしたがって、「無垢な生命の損失を生じさせる権利など、基本的であろうとなかろうと、そもそもありえない」と断じ、第四点につき「胎児の生命を保護する州の利益は、受胎の段階で道徳的にはやむにやまれぬものである、と批判<sup>213)</sup>」すると述べる。つまり、端的にいえば、この四つの論点のすべてに対して激しい批判があるのである。社会的課題の解決のために、最高裁が思い切って下したこの判決の何がいけなかったのだろうか。

### 3.2 社会的課題への対応

#### 3.2.1 Roe v. Wade 事件以降

ウォーレン・コート (1953-1969) の司法積極主

義を嫌う共和党政権は1969年に保守的なバーガーを首席裁判官に選んだが、そもそも1973年のRoe v. Wade判決はバーガー・コートでのものである。バーガー・コートになってからも必ずしも保守的な判決が増えたようにはみえず、その理由が検討された。阿川は、ウォーレン・コートにおける理論的なリーダーはブレナンであり、ブレナンが退任する1990年までその状態が続いたといい<sup>214)</sup>、また「最高裁の保守化がすぐに始まったわけではない」とし、その理由の一つとして、1981年のレーガン「政権発足後の5年間だけでなく、発足前の10年近くも最高裁判事の構成は安定しており、大きな変化がなかった<sup>215)</sup>」ことをあげる。すなわち、バーガー・コートの1972年から1986年までは二人しか最高裁の裁判官は交代していないのである。これは別の見方をすれば、1973年にRoe判決に賛成した七人の裁判官のうちまだ過半数の五人が残っていることを意味した<sup>216)</sup>。この期間にRoe判決関連で10件の判例があるが、概ねRoe判決の方針に変化はなかった。内容的には中絶そのものではなく、中絶に関連する規制、制限に関して判断された。はじめに、同意要件やインフォームド・コンセント要件をみていく。中絶に夫または胎児の父親の同意を要求する要件については、1976年のDanforth判決<sup>217)</sup>で違憲無効とされた。未成年者の中絶には親の同意を必要とする要件は、Danforth判決に加え、1979年のBellotti判決<sup>218)</sup>でも違憲とされたが、1981年のMatheson判決<sup>219)</sup>では、事前に親への通知を要求する制度は支持された。また、1983年のAkron判決<sup>220)</sup>は、親

209) Roe, 410 U.S. at 154.

210) 大沢 [2003] 201頁。

211) ルーズヴェルト (大沢訳) [2011] 113頁。

212) ファロン (平地ほか訳) [2010] 155頁。

213) ファロン (平地ほか訳) [2010] 154-155頁。

214) 阿川 [2013] 420頁。

215) 阿川 [2017] 53頁。

216) 1973年のRoe判決で賛成した裁判官は、バーガー首席裁判官、パウエル、ブラックマン、ブレナン、ダグラス、T. マーシャル、スチュワートの七名である。このうち、ダグラスは1975年、スチュワートは1981年に退いていたが、残りは1986年時点でまだ在職であった。

217) Planned Parenthood v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976) .

218) Bellotti v. Baird, 443 U.S.622 (1979) .

の同意要件は原則否定したが、裁判所の同意があれば親の同意を要求することも許されると、やや要件を緩和した。なお、同判決の反対意見で1981年初の女性として最高裁に加わったオコナー裁判官は、医学の進歩により変動する、胎児の母体外生存可能性を中絶の制約・禁止を認めるかどうかの基準とする「Roe判決の枠組は、明らかに自己不一致の方向に向かっている<sup>221)</sup>」と述べ、「含まれる権利の範囲および性質から「不当な負担」基準は、とくに中絶事案においては適当である<sup>222)</sup>」として、Roe判決の三区分に代えて「不当な負担」基準を提唱している。親の同意要件の緩和は同年のAshcroft判決<sup>223)</sup>でも認められた。インフォームド・コンセント要件については、Akron判決と1986年のThornburgh判決<sup>224)</sup>のいずれでも違憲とされた。連邦最高裁は、インフォームド・コンセントの形式をとりながら、中絶を断念させるような制度は認められないと判示したのである。中絶への政府による支援や援助に係る事項では、1977年のMaher判決<sup>225)</sup>は、州法は中絶を禁止できないが、出産奨励はでき、州法はRoe判決の基本的権利を侵害しないとした。

レンキスト・コート(1986-2005)にはいつてからの1989年のWebster判決<sup>226)</sup>は、Roe判決の第三点であるパーソン論に関し、前文で胎児は生命権をもち、人の生命のはじまりは妊娠の時点であるとした州法を合憲とした。また第四点の比較衡量について、20週以降の中絶につき母体外の生存可能性をチェックすることを医師に義務づけた条項を合憲と

することで、Roe判決の3期間分析の枠組を疑問視するような見解を示した。そして、1992年のCasey判決において、論争は大きなピークを迎えたといえる。Roe判決後、1981年に大統領となったレーガンをはじめ共和党の大統領候補は選挙公約でRoe判決をくつがえすことを掲げた。その結果、1992年のCasey判決<sup>227)</sup>の時点では、Roe判決に賛成した七裁判官は法廷意見を書いたブラックマン以外全員引退し、その代わりの裁判官はすべて共和党大統領が指名した人物であった。阿川は、事前の最高裁の会議で、七名の裁判官がCasey事件で対象となったペンシルバニア州法の大部分の条項を合憲とすることに賛成で、ステーブンスとブラックマンの二名だけがすべての条項を違憲とすべきだと述べたという<sup>228)</sup>。そして、レンキスト首席裁判官がRoe判決を明確に否定する法廷意見案を出したが、オコナー、ケネディ、スーターといういずれも共和党がRoe判決をくつがえすために指名したはずの三名の裁判官が共同意見を発表し、これにステーブンスとブラックマンが同意する形で、女性は中絶する権利を有するというRoe判決の基本的内容を支持した判決がなされたのである<sup>229)</sup>。なぜこのときRoe判決が否定されなかったのかについて、緒方は「判事が一人入れ替わるたびに以前の判決が逆転する事態になると、最高裁判所の正当性が損なわれることを恐れたからでもある<sup>230)</sup>」という。実際、オコナーら三名の共同意見はそう述べている。オコナーらは、1.2.2で述べた、コートパッキング・プランによって連邦最高裁の中立性が歪められるのを懸念し

219) H. L. v. Matheson, 450 U.S. 398 (1981) .

220) Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416 (1983) .

221) Ibid. at 458.

222) Ibid. at 463.

223) Planned Parenthood Association of Kansas City v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983) .

224) Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986) .

225) Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977) .

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

227) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) .

228) 阿川 [2017] 138頁。

229) 阿川 [2017] 138-141頁。

230) 緒方 [2006] 93頁。



た上院議員と同じ気持ちだったのかもしれない。しかし、これで最高裁の正当性や中立性が守られたのか何ともいえない。

### 3.2.2 社会的課題と応用倫理学、司法審査

本章では社会的課題としての中絶問題に対して、応用倫理学の一つである生命倫理学および司法審査はどのように貢献できるか考察してきた。

まず、生命倫理学の部分から整理する。江口は女性が中絶する自由を擁護するために次の四つの戦略が考えられるという。第一には、「中絶を禁止した場合の悲惨な社会的帰結に訴えるもの」であり、第二には、「妊娠は女性のプライバシーで…口出しすべき領域ではないとする議論」であり、第三には、「自分の身体に対する女性の権利を主張するもの<sup>231)</sup>」であり、第四には、「胎児は生物学的にはヒトであってもまだ十分な精神活動を行っていないのだから権利をもったヒトではないと主張<sup>232)</sup>」するものである。江口の第一点の内容はわかりやすい。仮にアメリカ合衆国全土で中絶が禁止されたとしても、資力や知識のある女性は海外で安全に中絶できる。それらの資質に欠ける、たとえば、若く貧しく知識もない女性が非合法の危険な中絶を試みるなど悲惨な結果になることが歴史的に明らかであり、こういった事態は何としても避けるべきであるという主張である。ただし、江口も指摘するように、「これは法や公共政策の問題であって、中絶が道徳的に不正ではないということの論証にはならない<sup>233)</sup>」。第二点は、判例で提示されるプライバシー権であり、これについては司法審査の部分で述べる。第三点は、身体に対する女性の権利であり、トムソンが展開したものである。すでに述べたように、もともと生命倫理学はパターンリズムに対する患者の自己決定というインフォームド・コンセントから議論がはじまっ

ており、これと身体に対する女性の権利を重ねると自己決定権という概念になりがちである。しかしながら、パーソン論とあわせて自己決定できる者をひとと定義すると多くの問題が生じる。この「身体に対する女性の権利」は、他の人に悪影響をあたえない「身体に対する女性の自由ないしは利益」と考えるべきであろう。江口はこの身体に対する女性の権利の主張がもっとも可能性があるというが、3.1.1で紹介したように、イングリッシュは、①胎児がひとでなくても理由もなく命を奪うことは多くの場合不正であること、②胎児がひとであるとしても中絶は多くの場合正当化しうること、さらに①と②の折り合いをつけることは可能であることを述べた。これは、すなわち、胎児の生命の利益と身体に対する女性の利益が、利益（比較）衡量できる可能性があり、かつそれが望ましいことを示している。第四点は、パーソン論であり、これに高い評価をあたえるのは困難であろう。

次に、司法は中絶問題についてどのような役割をはたしているのかをみていく。Roe 判決は、合衆国憲法上明文の根拠をもたない権利に関連し、①第14修正の自由は②基本的権利を含むこと、②基本的権利は③プライバシー権を含むこと、③プライバシー権は④中絶するか女性の決定権を含むことを示したが、②③とも根拠薄弱として厳しく批判された。Casey 判決は②③には言及していない。ルーズヴェルトは Casey 判決と不当な負担基準に関して、「アポーシオン賛成側と反対側の両方が受け入れることのできるような同意に基づく解決をもたらす可能性は低い」とし、今後の見通しについて「ロー事件を明示的に覆すことなしに徐々に崩壊的に壊していき、アポーシオンが富裕な人々と有力なコネのある人々には…可能であるが、貧しい人々にはますますアクセスできない…体制を生み出す<sup>234)</sup>」可

231) 江口 [2011] 274頁。

232) 江口 [2011] 274-275頁。

233) 江口 [2011] 274頁。

234) ルーズヴェルト (大沢訳) [2011] 130頁。

能性が高いという。この通りであれば、とても明るいとはいえない。ただルーズヴェルトは、州の生命の利益と女性の自由の利益の争点は「立法府が正確に生命と自由の衡量を行ってきたのか…否かである<sup>235)</sup>」と述べたうえで、州は生命の利益のために公衆の自由に制約を課してきたかといえ、とてもそうは思えないとして、献血、臓器提供、人命救助、両親による子どもへの臓器提供の義務などの事例をあげた<sup>236)</sup>。つまりは、州による胎児の生命の利益と女性による身体に対する自由（利益）は、十分比較衡量の対象となりうるということである。またこのことは、Roe 判決の第四点として明示されていることも強調しておきたい。

このように、生命倫理学も司法も利益（比較）衡量によって中絶問題は、穏当な結論を出しうとしているのである。したがって、問題は、にもかかわらず Roe 判決も Roe 判決の中核部分は維持した Casey 判決も中絶問題を解決できていないばかりか、延々と司法への訴訟手続が準備され、司法で解決できないのであればとして殺人事件まで生じているということである<sup>237)</sup>。教皇パウロ六世は、1968年の『人間の生命について』という回廊で、「まだ生まれていない赤ん坊は、母と同じ程度、そして母と同じ理由で等しく人間である<sup>238)</sup>」とした。1980年にレーガンは Roe 判決の破棄を選挙公約にした。つまりは、宗教や政治的要素の存在がここまで中絶問題をこじらせた原因の一つではないかとも考えられる。しかし、司法にはなお期待している。

## ■ 今後の課題

1970年前後から転換期にはいったと考え、転換期における社会改善の試みとして、社会的課題の解決をとりあげた。そして、いずれも近代に源をもつ応用倫理学と国民政府の司法部門による解決への貢献についてアメリカ合衆国での事例を考察した。政治部門を想定できない国際環境問題である気候変動では、倫理的主張は必ずしも問題解決に直結しない場合のあることが理解された。黒人奴隷問題や Lochner 期の社会経済規制も社会的課題とみなせるが、本稿においては中絶問題のみをとりあげた。

社会的課題の解決に際し司法に求められるのは法理的、実体的の両面での納得性である。法理面において中絶問題の Roe 判決では実体的デュー・プロセス理論、基本的権利、プライバシー権、中絶決定権などが用いられたが、これらはすべて何が州に対しても保護される合衆国憲法上の権利か、および憲法上明文の根拠をもたない権利をどう扱うのか、という個人の権利保障にかかわる概念である。第一の課題は、憲法上の個人の権利保障について問題点をより明らかにして納得できる方向性を示すことである。次に、本稿ではあまり深く触れなかったが、中絶問題で最も影響を受ける、若く貧しく知識もない女性が、1938年の Carolene 判決、脚注4にあげられる「分離し孤立した少数者」ではないのかという疑念は消えない。そして彼女らにとって中絶できるかどうかは、経済面を含むライフプランの大きな要素なのである。第二の課題は、経済的自由と少数者

235) ルーズヴェルト（大沢訳）[2011] 130頁。

236) ルーズヴェルト（大沢訳）[2011] 130-131頁。ルーズヴェルトは「通行人は、水たまりでおぼれている赤ん坊を持ち上げる義務さえもたずに、赤ん坊をまたいで行くことができる（両親は、一般的に子どもを救う義務を有しているが、…両親は、臓器、脊髄、または血液でさえ提供したりすることは求められない）」という。131頁。

237) 萩野 [2012] 115-116頁。萩野は「直接行動の数は1983年以降急伸する。…1977年から83年までの（クリニックの）爆破、放火、侵入など…の合計が149件であるのに…、84年（131件）から86年（133件）…は、年ごとにこれに匹敵する…件数が報告され…た」という。緒方は「クリントン政権発足直後に、中絶反対派の暴力は頂点に達した。殺人にまでいたった…。93年3月から95年9月までに死者は6人にのぼった」と紹介する。緒方 [2006] 109頁。明確に立証されたわけではないが、92年の Casey 判決と民主党政権の成立によって、中絶反対派は司法による解決の道が閉ざされたと感じたためかもしれない。

238) 緒方 [2006] 210頁。

の保護について考察を進めることである。最後に、これだけ中絶問題の解決が長引く理由の一つにアメリカにおける貧富の格差の拡大と、それにとまなう社会の分断化があると考えられる。第三の課題は、古くからある問題ではあるが、貧富の格差の是正について検討することである。

## 参考文献

会沢 恒 [2018]「司法積極主義 ——その多面性および憲法理論との連関」山本龍彦/大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』弘文堂 283-316頁

阿川尚之 [2013]『憲法で読むアメリカ史(全)』筑摩書房

阿川尚之 [2017]『憲法で読むアメリカ現代史』NTT出版

芦部信喜 [1973]『憲法訴訟の理論』有斐閣

芦部信喜 [1983]『司法のあり方と人権』東京大学出版会

新 正幸 [2008]『憲法訴訟論』信山社

有馬 純 [2016]『精神論抜きの地球温暖化対策パリ協定とその後』エネルギーフォーラム

江口 聡 [1998]「インフォームド・コンセント—概念の説明—」加藤尚武/加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』世界思想社 30-40頁

江口 聡 [2011]「编者解説」江口 聡編・監訳 [2011]『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』勁草書房 271-295頁

江崎 一朗 [1998]「パターナリズム—概念の説明—」加藤尚武/加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』世界思想社 65-75頁

大沢秀之 [2003]『アメリカの司法と政治講義ノート』成文堂

大沢秀之 [2011]『司法による憲法価値の実現』有斐閣

岡本裕一朗 [2002]『異議あり! 生命・環境倫理学』ナカニシヤ出版

緒方房子 [2006]『アメリカの中絶問題——出口なき論争』明石書店

荻野美穂 [2012]『中絶論争とアメリカ社会——身体をめぐる戦争』岩波書店

沖村理史 [2017]「気候ガバナンスにおけるパリ協定の位置づけ」総合政策論叢 第33号島根県立大学総合政策学会 9-24頁

亀山康子 [2011]「国際関係論からみた気候変動レジームの枠組み」亀山康子/高村ゆかり編『気候変動と国際協調——京都議定書と多国間協調の行方』慈学社出版 20-42頁

亀山康子/田村堅太郎/高村ゆかり [2011]「気候変動レジームの行方—レジームの観点からの考察—」亀山康子/高村ゆかり編『気候変動と国際協調——京都議定書と多国間協調の行方』慈学社出版 385-401頁

蔵田伸雄 [1998]「パーソン論—概念の説明—」加藤尚武/加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』世界思想社 97-108頁

佐伯啓思/三浦確士 [2009]『資本主義はニヒリズムか』新書館

猿谷 要 [1991]『アメリカの歴史』中央公論社

高橋久一郎 [2000]「「応用倫理学とは何なのか」と問う必要があるだろうか」川本隆史/高橋久一郎編『応用倫理学の転換』ナカニシヤ出版 190-221頁

高橋 靖 [2008]「内部統制をめぐる多面的な考察」甲南法務研究 No.4 13-52頁

高橋 靖 [2010]「コンプライアンスについての一考察——法と道徳論、応用倫理学およびCSRを中心に——」甲南法務研究 No.6 63-88頁

高橋 靖 [2011]「法思想史からみた近代 ——技術的思想および産業化を中心に——」甲南法務研究 No.7 55-77頁

高橋 靖 [2013]「環境法をめぐる考察」甲南法務研究 No.9 45-68頁

高橋 靖 [2015]「環境法からみたりスク社会」甲南法務研究 No.11 33-56頁

高橋 靖 [2016]「転換期をめぐる一考察——近代科学と環境法を中心に——」甲南法務研究 No.12 73-97頁

高橋 靖 [2017]「環境学における持続性と環境訴訟」甲南法務研究 No.13 47-72頁

高橋 靖 [2018]「転換期とあるべき社会—環境調和性と分配における公正を中心に—」甲南法務研究 No.14 73-101頁

高橋 靖 [2019]「環境学からみた政治理論と司法の役割」甲南法務研究 No.15 37-65頁

高村ゆかり [2011]「気候変動レジームの意義と課題—国際法学の観点から—」亀山康子/高村ゆかり編『気候変動と国際協調——京都議定書と多国間協調の行方』慈学社出版 43-84頁

谷田信一/若林明彦/御子柴善之 [2001]「現代における実践倫理の諸問題——応用倫理学の諸相——」伴 博/遠藤弘編『第三版 現代倫理学の展望』勁

- 草書房 241—246 頁
- 戸松秀典 [2008] 『憲法訴訟 [第2版]』 有斐閣
- 根本 猛 [2012] 「奴隷制と合衆国最高裁」 『アメリカ法判例百選』 有斐閣 74-75 頁
- 畑 博行 [1992] 『アメリカの政治と連邦最高裁判所』 有信堂
- 平石隆敏 [1989] 「人工妊娠中絶」 塚崎智 / 加茂直樹 編 『生命倫理の現在』 世界思想社 206-220 頁
- 福土正博 [2001] 『市民と新しい経済学 環境・コミュニティ』 日本経済評論社
- 藤沢令夫 [1989] 「序 いま「倫理」とは」 『岩波講座 転換期における人間 8 倫理とは』 岩波書店 2-27 頁
- 松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門 (第6版)』 有斐閣
- 向井久了 [1987] 「合憲性推定の原則」 芦部信喜編 『講座 憲法訴訟 (第2巻)』 有斐閣 38-68 頁
- 山村恒年 / 横村久子 / 高畑由紀夫 / 横山孝雄 / 入江一恵 / 関根孝道 [1995] 『21世紀へ 環境学の試み 自然と人間の共有の未来にむけて』 嵯峨野書院
- 山本龍彦 [2018] 「合理性の基準——その源流と、遙かなる < res publica >」 山本龍彦 / 大林啓吾編 『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』 弘文堂 61-89 頁
- 吉川精一 / 山川洋一郎 [1970] 「訳者まえがき」 コックス, A (吉川ほか訳) [1970] 『ウォーレン・コート』 日本評論社 3-13 頁
- プロディ, B. (藤枝真訳) [2011] 「妊娠中絶に関するトムソンの議論」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 37-44 頁
- コックス, A. (吉川精一 / 山川洋一郎訳) [1970] 『ウォーレン・コート ——憲法裁判と社会改革——』 日本評論社
- エマースン, T. I. (小林直樹 / 横田耕一訳) [1972] 『表現の自由』 東京大学出版会
- イングリッシュ, J. (相澤伸依訳) [2011] 「妊娠中絶と「ひと」の概念」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 141-155 頁
- ファロン・Jr., R. H. (平地秀哉 / 福嶋敏明 / 宮下紘 / 中川 律訳) [2010] 『アメリカ憲法への招待 ——The Dynamic Constitution』 三省堂
- フィニス, J. (小城拓理訳) [2011] 「妊娠中絶の是非——ジュディス・トムソンへの応答」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 45-80 頁
- スーナン, J. (太田徹訳) [2011] 「歴史上ほぼ絶対的な価値」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 1-10 頁
- ペッチェイ, A. (大来佐武郎監訳) [1979] 『人類の使命——ローマ・クラブはなぜ生まれたか——』 ダイヤモンド社
- ペッチェイ, A. (大来佐武郎監訳) [1981] 『未来のための100ページ』 読売新聞社
- ルーズヴェルト三世, K. (大沢秀之訳) [2011] 『司法 積極主義の神話 ——アメリカ最高裁判決の新たな理解』 慶応義塾大学出版会
- トムソン, J. J. (塚原久美訳) [2011] 「妊娠中絶の擁護」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 11-35 頁
- トゥーリー, M. (神崎宣次訳) [2011] 「妊娠中絶と新生児殺し」 江口 聡編・監訳 『妊娠中絶の生命倫理 哲学者たちは何を議論したのか』 勁草書房 81-113 頁
- ウォレン, M. A. (鶴田尚美訳) [2011] 「妊娠中絶の道徳的・法的位置づけ」 江口 聡編・監訳 勁草書房 前掲書 15-139 頁

本稿におけるインターネットサイトの URL の最終アクセス日は、すべて 2019年7月31日である。