

論 説

## アメリカ合衆国における 妊娠中絶問題の政治化の過程

小 竹 聡

はじめに

- 1 妊娠中絶合法化運動の背景と確立
- 2 妊娠中絶合法化運動の転換

おわりに

### はじめに

1973年1月22日、合衆国最高裁判所は、妊娠中絶に関する二つの判決<sup>(1)</sup>—Roe v. Wade および Doe v. Bolton—を下した。Roe 判決と総称されるこの一組の判決は、全米規模で妊娠中絶の合法化をもたらし、女性に妊娠中絶についての選択の自由を保障したものの、妊娠中絶をめぐる議論は、

---

(1) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973). 両判決については、「墮胎を決める妊婦の憲法上の権利」ジュリスト530号107頁(1973)、松尾浩也「アポーション・ケース」法学教室2期3号201頁(1973)、佐藤幸治「Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973)—墮胎を規制するテキサスおよびジョージア州法は、墮胎を決める婦人の憲法上の権利を侵害する」[1975] アメリカ法111頁、香城敏麿「公法訴訟の要件(4)—事件の成熟性とムートネス」英米判例百選Ⅰ公法58頁(1978)、高橋一修「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(1)」英米判例百選[第三版]82頁(1996)等、参照。なお、デニス・J・ホーラン、トーマス・J・ポールチ(小竹聡訳)「Roe v. Wade: 歴史、法または論理における正当性の欠如」愛知教育大学社会科学論集42・43合併号313頁(2005)も、参照。

判決とともに終息を迎えるのではなく、むしろ、問題の全国的高揚に一層の拍車をかけるものとなった。こうして、妊娠中絶問題は、今日に至るまで、アメリカ社会において、国内政治をも左右する一つの大きな政治的争点となっている。もっとも、今日、Roe 判決として語られているものは、1973年に最高裁が創造したものと同一ではない。女性の妊娠を終了させるか否かの決定の「基本的権利」性と当該権利の制約枠組としての「三期間分析」を骨子とする Roe 判決の法理は、判例上は、既に、1992年の Casey 判決<sup>(2)</sup>によって、完全に変更されたものと見ることができる。し

---

(2) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). 本判決については、樋口範雄「妊娠中絶規制に関する最新判例」法学セミナー455号10頁(1992)、根本猛「人工妊娠中絶の自由」静岡大学法経短期大学部法経論集69・70号167頁(1993)、高井裕之「Planned Parenthood v. Casey, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 112 S.Ct. 2791 (1992)—墮胎を規制するペンシルヴェニア州法が合衆国憲法に反しないかが争われた事例において、合衆国最高裁判所の joint opinion は、『不当な負担』(undue burden) 基準を採用し、24時間待機要件等は合憲とし、配偶者への通知要件は違憲とした」[1994] アメリカ法174頁、高井裕之「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利(2)」英米判例百選[第三版]84頁(1996)、樋口範雄「妊娠中絶と合衆国憲法」憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』269頁(1998)等、参照。

(3) アメリカ合衆国の妊娠中絶に関する邦語文献は、枚挙に暇がない。ここでは、主要なもののみを掲記する。Roe 判決以前の妊娠中絶に関する邦語文献としては、阪本昌成「墮胎とプライバシー」広政経論叢22巻3・4号99頁(1972)、Roe 判決以降の妊娠中絶に関する邦語文献としては、1977年までにつき、石井美智子「プライバシー権としての墮胎決定権—アメリカ判例法における墮胎自由化」都立大学法学会雑誌19巻2号79頁(1979)、1979年までにつき、戸松秀典「Abortion 判決の傾向」[1980] アメリカ法51頁、1980年までにつき、小林節「Abortion 判決にみる憲法上の争点と現況」ジュリスト765号25頁(1982)、1983年までにつき、石井美智子「墮胎問題の家族法的分析—家族形成権の概念を基礎として(1)」社会科学研究35巻4号97頁(1983)、萩原滋「墮胎規制に関する最近の米連邦最高裁判決について」警察研究55巻2号47頁(1984)、早川武夫「妊娠中絶論争—最高裁判所の内と外」法律時報57巻7号90頁(1985)(同『アメリカ法の最前線』(1989)、所収)、1986年までにつき、小林節「合衆国最高裁『中絶』合法判決をめぐって」法学教室74号122頁(1986)、1989年までにつき、小林節「アメリカにおける人工妊娠中絶権判例の新展開」法学政治学論究3号1頁(1989)、1992年までにつき、石井美智子

かし、それにもかかわらず、Roe 判決は、女性に中絶に関する選択の権利を認めたものとして、今もなお、賞賛または激しい非難の対象となり、その限りで、アメリカ社会に生き続けているのである。本稿は、Roe 判決の法理を判決に即して検討し、判決が今日負わされている象徴的意味をいかにして持つに至ったのかを考察するために、その前提作業として、Roe 判決に至るまでの妊娠中絶問題の政治化の過程を検討することとしたい<sup>(3)</sup>。

---

『人工生殖の法律学—生殖医療の発達と家族法』117頁 (1994), 萩原滋「墮胎規制に関する米国連邦最高裁の新たな基準について」愛知大学法学部法経論集135号41頁 (1994), 松井茂記「自己決定権について (1)」阪大法学45巻2号1頁 (1995), 藤田憲一「避妊・人工妊娠中絶とアメリカ合衆国憲法」兵庫大学論集1号125頁 (1996), 根本猛「人工妊娠中絶とアメリカ合衆国最高裁判所 (1)~(3・完)」静岡大学法政研究1巻1号39頁, 1巻2・3・4号289頁, 2巻2号41頁 (1996~1997), 新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』144頁 (2000), 2000年までにつき, 小林直三「妊娠中絶の自由の本質とその限界—米国連邦最高裁判例を素材として」関西大学法学論集52巻1号73頁 (2002) 等, 参照。なお, 熊本信夫・宮崎みち子「1974年ミズーリ州 Abortion 規制法 (1)~(5)・完」北海学園大学法学研究31巻3号47頁, 32巻1号105頁, 34巻1号203頁, 36巻1号95頁, 36巻2号177頁 (1996~2000) も, 参照。

未成年者の妊娠中絶に関する邦語文献としては, 米沢広一「子ども, 親, 政府—アメリカの憲法理論を素材として (3・完)」神戸学院法学15巻4号29頁 (1985), 米沢広一「家族と憲法 (3)」大阪市大法学雑誌36巻3・4号108頁 (1990) (同『子ども・家族・憲法』(1992), 所収), 羽月章「アメリカにおける未成年者の墮胎とその決定権—親の同意・通知の法的強制と合衆国最高裁判所 (上), (下)」神戸法学雑誌44巻3号589頁, 4号775頁 (1994, 1995), 永水裕子「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法 (1), (2・完)」上智法学論集48巻1号141頁, 48巻2号195頁 (2004, 2005), 三枝健治「未成年者による人工妊娠中絶に対する親権者の関わり—In re B.S. 事件の紹介・検討を中心に」法政理論38巻1号33頁 (2005) 等, 参照。

妊娠中絶に対する公的助成に関する邦語文献としては, 蟻川恒正「国家と文化」『岩波講座・現代の法1現代国家と法』191頁 (1997), 中林暁生「違憲な条件の法理の成立」東北法学18号101頁 (2000), 中林暁生「違憲な条件の法理—現代国家における人権論の一断面」法学65巻1号33頁 (2001), 築山欣央「表現に対する政府の補助をめぐる憲法問題—アメリカの事例を中心に」法学政治学論究53号105頁 (2002), 森脇敦史「言論活動への政府資金助成に対する憲法上の規律」阪大法学53巻1号113頁 (2003), 中林暁生『『表現の自由』論の可

## 1 妊娠中絶合法化運動の背景と確立

アメリカ合衆国における妊娠中絶の歴史を振り返ることは、Roe 判決の意義のみならず、Roe 判決に至るまでの妊娠中絶合法化運動のあり様

---

能性(2・完)』法学67巻3号40頁(2003)、横大道聡「アメリカ連邦最高裁における違憲な条件の法理とその限界—言論助成問題の予備的考察として」法学政治学論究62号293頁(2004)、横大道聡「公的言論助成と表現の自由—Rust 判決以降の連邦最高裁判決の展開を中心に」法学政治学論究63号391頁(2004)等、参照。

さらに、妊娠中絶問題を独自の視点から論ずるものとして、高井裕之「関係性志向の権利論・序説(1)~(3・完)」民商法雑誌99巻3号60頁、4号21頁、5号25頁(1988~1989)、浜野研三「中絶裁判と法的思考—実体的価値と法的思考」山下正男編『法的思考の研究』217頁(1993)、大石和彦「妊娠中絶論争の中の裁判所とその憲法判断のあり方」法学58巻1号179頁(1994)、大石和彦「憲法裁判における原理と政治—合衆国最高裁判決Roe v. Wade がもたらしたもの(1)~(3・完)」法学61巻3号85頁、4号34頁、62巻3号85頁(1997~1998)、高井裕之「リアプロダクションとフェミニスト法学」[1998] アメリカ法147頁、蟻川恒正「身体的自由」法律時報71巻2号78頁(1999)、蟻川恒正「自己決定権」高橋和之・大石眞編『憲法の争点[第3版]』74頁(1999)、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる議論の一断面」浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』73頁(2001)、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶法理の現在」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』81頁(2002)、小竹聡「人工妊娠中絶と胎児の『生命に対する権利』(1)、(2)・完」愛知教育大学社会科学論集39号103頁、40・41合併号131頁(2001、2003)、石志嶺恵徹「胎児の人権—取り残されていた最後の人権?」志学館法学4号47頁(2003)、小竹聡「アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法と政治の現況」愛敬浩二・水島朝穂・諸根貞夫編『現代立憲主義の認識と実践』147頁(2005)等、参照。

このほか、妊娠中絶に関する個別の判決を研究ないし紹介する邦語文献として、「墮胎と配偶者の同意」ジュリスト631号92頁(1977)、「胎児の生育可能時期の決定基準」ジュリスト690号76頁(1979)、「未成年者が妊娠を中絶する憲法上の権利」ジュリスト712号136頁(1980)、「妊娠中絶扶助打切りの合憲性」ジュリスト732号86頁(1981)、松井茂記「未成年者の墮胎の権利と墮胎に先立つ親への通知義務」判例タイムズ476号23頁(1982)、上原正夫「レーガン政権の司法政策再論—墮胎の権利をめぐる」判例タイムズ474号58頁(1982)、上原正夫「墮胎規制と取り組まれたアメリカの連邦最高裁判所」判例タイムズ

を考察する上でも重要な意味を持つ。ここでは、合法化運動の背景となる19世紀における反中絶法制定の過程とその後の違法中絶の時代を簡潔に振り返り、さらには19世紀以来の反中絶法の下で、中絶立法の改革運動がい

---

486号62頁 (1983), 上原正夫「墮胎の憲法的権利を再確認した米連邦最高裁判決」判例タイムズ498号52頁 (1983), 丸山英二「アメリカ連邦最高裁と墮胎—州法による墮胎規制の合憲性」判例タイムズ535号34頁 (1984), 上原正夫「医師と患者の間への連邦の介入—US 最高裁の妊娠中絶と Baby Doe rules の判決」判例タイムズ603号46頁 (1986), 岩井直子「墮胎を制限するミズーリ州法に対する米連邦最高裁の合憲判決」ジュリスト947号62頁 (1989), 米沢広一「Hodgson v. Minnesota, \_\_\_ U.S. \_\_\_, 110 S.Ct. 2926 (1990)—未成年の妊婦の墮胎に際しての両親への通知・待機要件の合憲性」[1991] アメリカ法277頁, 丸山英二「妊娠中絶をめぐる合衆国最高裁新判例」法学セミナー440号10頁 (1991), 紙谷雅子「Bray v. Alexandria Women's Health Clinic, 113 S.Ct. 753 (1993)—アポーションを実施している医療施設に対する威嚇は女性に対するあくどい差別的な敵意に基づくとはいえず, 連邦法に基づく差止命令の対象となる共謀ではない」[1994] アメリカ法180頁, 大沢秀介「アポーション抗議活動と表現の自由」ジュリスト1075号165頁 (1995), 花見常幸「Madsen v. Women's Health Center, Inc., 114 S.Ct. 2516 (1994)—アポーションを実施している医療施設の周辺でのそれに対する威嚇的な反対運動から, その患者等を保護するための差止命令について, 言論活動を規制する差止命令に関する新しい基準を示して, 医療施設から36フィートの緩衝地帯の設置などは, 第1修正に違反しないとされた事例」[1996] アメリカ法353頁, 大石和彦「妊娠中絶施設前歩道における中絶反対派の活動を禁止する裁判所の差止が表現の自由に反しないとされた事例」東北法学14号226頁 (1996), 蟻川恒正「表現の自由」法律時報72巻11号88頁 (2000), 大沢秀介「アポーション反対の表現活動の規制」ジュリスト1208号252頁 (2001), 青山豊「アポーションポリティクスの一側面—部分的出産中絶禁止法が提起する新たな臨界」早稲田大学大学院社会科学研究所紀要別冊10号45頁 (2002), 根本猛「人工妊娠中絶論争の新局面」静岡大学法政研究7巻2号206頁 (2002) 等, 参照。

妊娠中絶に関する著書, 論文を紹介する邦語文献として, 石井美智子「D. H. Regan, *Rewriting Roe v. Wade*」[1982] アメリカ法201頁, 橋本公巨「Thomas I. Emerson, *The Power of Congress to Change Constitutional Decisions of the Supreme Court: The Human Life Bill*」[1984] アメリカ法75頁, 高井裕之「Laurence H. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*」[1992] アメリカ法41頁, 旗手俊彦「R. M. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*」[1994] アメリカ法287頁, 嶋津格「ライフズ・ドミニオン—中絶と尊厳死そして個人

かにして確立するに至ったかを概観することとしよう<sup>(4)</sup>。

### (1) 19世紀における妊娠中絶の犯罪化

アメリカ合衆国における妊娠中絶規制は、コモン・ローの継受に始まる<sup>(5)</sup>。18世紀から19世紀初頭にかけて、中絶は、コモン・ローの下、胎動

---

の自由」年報医事法学15号168頁（2000）、高井裕之「法律で憲法判例の先例拘束性を排除できるか」[2001] アメリカ法150頁、松村歌子「モリソン判決以後の連邦主義と家族：CSRA, FACE, DV 加害者による銃所持を禁止する連邦法の考察」法と政治54巻3号39頁（2003）等、参照。

最後に、アメリカ社会における妊娠中絶論争を生殖のコントロールに対する社会的意味づけの観点から読み解く女性史研究者の手になる著作として、荻野美穂『中絶論争とアメリカ社会—身体をめぐる戦争』（2001）があり、妊娠中絶問題の最新の状況を活写するものとして、緒方房子『アメリカの中絶問題—出口なき戦争』（2006）がある。

- (4) アメリカ合衆国における妊娠中絶をめぐる法制度の歴史については、*see* Linda Gordon, *Woman's Body, Woman's Right: Birth Control in America* (1976; Revised and Updated, 1990); James C. Mohr, *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy, 1800-1900* (1978); Kristin Luker, *Abortion and the Politics of Motherhood* (1984); Rosalind Pollack Petchesky, *Abortion and Woman's Choice: The State, Sexuality, and Reproductive Freedom*, chap. 2 & 3 (1984; Revised Edition, 1990); Carroll Smith-Rosenberg, *Disorderly Conduct: Visions of Gender in Victorian America* 217-44 (1985); Leslie J. Reagan, *When Abortion Was a Crime: Women, Medicine, and Law in the United States, 1867-1973* (1997). *See also* Michael Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* 155-95 (1985); Marvin Olasky, *Abortion Rites: A Social History of Abortion in America* (1992).
- (5) 以下の違法中絶の時代に至るまでの叙述は、19世紀における中絶政策の変遷について全体像を描き出し、とりわけ19世紀半ばの反中絶法の殺到に明快な説明を与えるジェイムズ・C・モーアの著作に依拠している。*See* Mohr, *supra* note (4). なお、合わせて、モーアの先駆的な研究に主として依拠するレスリー・J・リーガンの説明も参考にした。*See* Reagan, *supra* note (4), at 8-14. また、荻野・前掲注(3)、第1章も、参照。もっとも、モーアの著作に対しては、「妊娠中絶政策の変化の性格についてのモーアの評価には概ね同意する」が、「反中絶が19世紀の支配的なアメリカの中絶政策となったのは、主として、医療専門職による改革運動を理由とするという[モーアの]中心的な

初覚 (quickening) 以降に行われる場合にのみ、違法となった。当時においては、妊婦が初めて胎動を感じるようになるまでは、妊娠していることを裏付ける確実な方法がなく、生理が来ないのは、月経周期の不自然な「遮断」ないし「障害」であり、治療しないままにしておくに女性に実害をもたらすと考えられたので、月経を回復するために、妊娠初期の流産の処置が、道徳的にも法的にも問題とされることなく行われた<sup>(6)</sup>。妊娠中絶薬や月経促進薬として用いられた薬草や薬物の情報は、家庭医学の書物や、助産婦、さらには薬草療法師やいわゆるインディアン・ドクターその他の「正規でない (irregular)」中絶実施者から容易に入手できた。正規の医師、即ち、正規の医学教育を受け、またはそうした医師の徒弟となった者でさえ、主治医として妊娠初期の中絶の実施にしばしば携わった<sup>(7)</sup>。1830年代半ばまでは、中絶を必要とした女性の圧倒的多数は、嫡出とはならない妊娠の社会的結果を恐れた未婚女性であると考えられており、また、医師が行う中絶は、少なくとも当時の医学水準に照らして見れば、比

---

命題は、関連する家族法の変化を無視し、法の変化の性格を単純化する」(Grossberg, *supra* note (4), at 358 n. 9) とか、「一直線の道だけを歩き、一つの単純な命題しか提起しなかった」(Olasky, *supra* note (4), at xiv) との批判も見られるところである。しかし、ここでは、この問題には立ち入らない。

- (6) See Mohr, *supra* note (4), at 3-6. See also Janet Farrell Brodie, *Contraception and Abortion in 19th-Century America* 43 (1994) (「月経を誘発する治療には、[一方で、女性が確実に妊娠する用意ができるようにし、他方で、新たな妊娠を流産させたかもしれないという] 二重の効用があった」)。
- (7) See Mohr, *supra* note (4), at 6-16. なお、近代初期イギリスにおいて妊娠中絶薬として用いられた薬草については、アンガス・マクラレン (荻野美穂訳) 『性の儀礼—近世イギリスの産の風景』183~92頁 (1989)、参照。また、「正規の」医学という概念に関わって、正規な行為と様々な形態の正規でない行為との間の境界線は常に曖昧であり、19世紀の間中、絶えず変化し続けたということを幾分かは理由として、「正規という特性」それ自体を歴史的な正確さを持って定義することは困難であるとする指摘につき、see James C. Mohr, *Doctors and the Law: Medical Jurisprudence in Nineteenth-Century America* 281, n. 24 (1993)。

較的安全であると考えられていた<sup>(8)</sup>。コモン・ローの下で、胎動初覚より前の流産を誘発することが法的に受け入れられていたことは、女性が身体の完全性に対する基本的な権利を有していたことを暗黙の前提としていた<sup>(9)</sup>。

1821年から1841年にかけて、中絶に適用される最初の法律が10州と1連邦領で制定された。その嚆矢となった1821年コネティカット州法は、妊娠中絶薬の販売を規制することによって妊婦を保護することに向けられた、毒物を取り締まるための立法措置であり、この初期の立法は、薬草の栽培や家庭医薬品の調合を規制していなかった点で、妊娠中絶薬を大っぴらに販売、広告する事業家の増殖によって引き起こされた可能性がある。同州の1821年法も1830年に改正された法律も、中絶を誘発する女性を処罰せず、胎動初覚概念も廃止しなかったが、このことは、この初期の立法が、中絶に関する伝統的なコモン・ロー上の法理を立法化したものであり、反中絶法というよりはむしろ中絶擁護法とみなすことができるということを示している<sup>(10)</sup>。総じて、このアメリカ史における中絶立法の第一の波は、中絶それ自体への対処を迫る大衆の圧力からというよりは、医療行為を統制しようとする立法者と医師との共闘から生じたものであり、また、中絶

(8) See Mohr, *supra* note (4), at 16-19.

(9) See Reagan, *supra* note (4), at 9. なお、胎動初覚の法理は、1812年のマサチューセッツ州裁判所の判決で明確に述べられたが、当該判決は、19世紀半ばまで、合衆国において支配的な先例の地位にあった。See Mohr, *supra* note (4), at 5-6, 265-66 n. 5.

(10) See *id.* at 20-25; Reagan, *supra* note (4), at 10. なお、1821年法は、先例として当時利用することができた、胎動初覚後の毒物の使用による中絶のみならず胎動初覚前のいかなる手段による中絶にも刑罰で臨み、妊婦の免責についても曖昧さを残していたイングランドの1803年エリンバラ卿法 (Lord Ellenborough's Act) に意図的に従わなかった。また、1830年法は、直近の、イングランドの1828年ランズダウン卿法 (Lord Lansdowne's Act) にならって、胎動初覚後の道具の使用による中絶をも犯罪としたが、そこでも、胎動初覚前の中絶に対する処罰を依然として拒絶していた。See Mohr, *supra* note (4), at 23-25.

薬を処方し、または、中絶手術を行う者のみを処罰し、女性自身を決して処罰しなかった点で、薬剤師と医師の活動を規制することに向けられ、妊婦に中絶の実施を思いとどまらせることを意図したものではなかった<sup>(11)</sup>。こうしたことは、すべて、中絶が、刑事責任よりも同情と保護に値する未婚の若年女性によって通常、頼みとされる、基本的に重要でない行為であると引き続き認識されていたことをおそらく反映していた<sup>(12)</sup>。

1840年代までには、中絶事業が活況を呈し、妊娠中絶は、自由市場で公然と取引される職業となった。妊娠中絶薬は、販売を禁止する法律にもかかわらず、一般紙で宣伝され、医師や薬剤師を通して、あるいは郵便により入手可能となった。たとえ薬が失敗しても、マダム・レステル (Madame Restell) のような、中絶業務を本職とする専門家に処置してもらうことができた<sup>(13)</sup>。妊娠中絶の商業化とそれに付随する可視化の進行と相俟って、1840年代からおおよそ1870年代の終わりまで、妊娠中絶の割合が急増した<sup>(14)</sup>。中絶クリニックを初めとするそうした中絶業界の顧客は、家族数の制限の手段として中絶を行う、既婚の、プロテスタントの女性で、大部分はアメリカ生まれであり、その社会的地位はしばしば高く、全米のあらゆる地域の出身者からなっていた<sup>(15)</sup>。

こうした状況の下、1847年に結成された全米医師会 (the American Medical Association) に結集した正規の医師たちは、中絶行為を直截に禁止し、中絶に寛容な社会的風潮に影響を及ぼすために、1857年に、ボストンの医師、ホレイショウ・ロビンソン・ストーラ (Horatio Robinson Storer) によって始められた中絶撲滅運動を積極的に推進した<sup>(16)</sup>。正規の医師た

---

(11) *See id.* at 43.

(12) *See id.* at 44-45.

(13) *See id.* at 47-50; Smith-Rosenberg, *supra* note (4), at 225-26. なお、マダム・レステルについては、*see Brodie, supra* note (6), at 229-31.

(14) *See Mohr, supra* note (4), at 50.

(15) *See id.* at 86-102.

(16) *See id.* at 147-59.

ちが中絶撲滅運動に携わったのは、競争相手である「にせ医師」, 「女医」, 「正規でない者」等に対する制裁を当局が効果的に発動することができるようにすること, 中絶に手を染める医師を規律に服させることによって, 同僚に対して専門職業意識を促すこと, そして, 政策立案者として医師がかつて占めていた高い地位と大きな影響力を回復しようと望んだことという職業的な動機に基づいていたのみならず, 胎動初覚が胎児の発達において特別の重要性を持たないことを知っていた正規の医師たちの, 中絶は道徳的に悪であるとの信念や, 中絶の増加によりアメリカ生まれの白人プロテスタントの出生率が低下していく中で, カトリック移民の人口増加から祖国を救うという露骨な排外主義, さらには, 伝統的な性役割を果たそうとしないアメリカ人女性の裏切りに対する深い危惧といった個人的な理由からだった<sup>(17)</sup>。換言すれば, 正規の医師たちは, 数多くの複雑で, 相互に関連した, 重なり合う理由から中絶撲滅運動を企てたのであり, 多くの19世紀の医師にとって, 中絶の争点とは, 自分たちのイデオロギー的世界観と職業的な私欲を兼ね備えたものであった<sup>(18)</sup>。一方で, 正規の医師たちは, 競争相手との差別化を企て, 自分たちの優越を示すために, 中絶という医学, 道徳上の争点を自覚的に選択した<sup>(19)</sup>。他方で, 中絶の犯罪化の推進には, ジェンダーや人種, 階級上の不安も大きな役割を果たし

(17) See *id.* at 160-70.

(18) See James C. Mohr, *The Historical Character of Abortion in the United States through World War II*, in Paul Sachdev, ed., *Perspectives on Abortion* 6 (1985).

(19) See Luker, *supra* note (4), at 29-31. クリスティン・ルーカーは, 正規の医師の社会的地位の確立の観点から反中絶運動は理解されなければならないとし, 正規の医師たちは, 「自分たちの優越を示す, 直接の, 容易に観察できる, 劇的な証拠を提供することができなかったので, 自分たちの地位についての象徴的な主張をなすことを強いられた」のであり, 「中絶のような争点について世間の注目を引く活動家になることによって, (高潔で, 自主規制する専門家集団としての) 道徳的名声と, (優越した訓練から派生する) 技術を必要とする高度の専門的知識を主張することができた」と言う。 *Id.* at 31 (強調は, 原文)。

た<sup>(20)</sup> のであり、実際にも、正規の医師たちは、「人種の自殺」の議論や「女性にふさわしい場所」の議論で中絶を攻撃し<sup>(21)</sup>、白人プロテスタント女性の間で母であることが強制されることを要求した。また、この中絶撲滅運動には、「自らの意思で母となること (voluntary motherhood)」というスローガンの下、いつ子を設けるかを決定する権利を女性が常に持つべきだと主張し、また、その手段として、夫の婚姻外での性交を許すことになる避妊ではなく禁欲を説くことによって、性についての二重基準批判を展開する<sup>(22)</sup> 1870年代当時のフェミニストに対して、中絶を行う女性の道徳性を非難することによって巻き返しを図るという側面もあった<sup>(23)</sup>。さらに、正規の医師たちは、胎児の生命の指標を、医学的診断にはなく女性自身の身体的感覚に基づかせることになる、胎動初覚概念を破壊しようとした<sup>(24)</sup>。男性からなる正規の医師たちは、女性の中絶行為を不道徳で、女らしくなく、反愛国的であるとして攻撃することによって、性の政治をめぐる論争に入り込んだ<sup>(25)</sup>。

こうして、医師による中絶撲滅運動は、かつては比較的ありふれた私的行為であった中絶に対する世論をかなりの程度、はっきりとわかるほど硬化させ<sup>(26)</sup>、その結果、1860年から1880年までの時期に、少なくとも40の反中絶立法が州および準州の法典に書き加えられた<sup>(27)</sup>。中でも1860年に

(20) See Reagan, *supra* note (4), at 11; Smith-Rosenberg, *supra* note (4), at 235-39.

(21) See Mohr, *supra* note (18), at 6.

(22) See Gordon, *supra* note (4), at 106-08. See also Petchesky, *supra* note (4), at 76. また、有賀夏紀『アメリカ・フェミニズムの社会史』127～29頁(1988)、荻野美穂『生殖の政治学—フェミニズムとバース・コントロール』61～65頁(1994)も、参照。

(23) See Reagan, *supra* note (4), at 12.

(24) See *id.* at 12-13.

(25) See *id.* at 13. See also Reva Siegel, *Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection*, 44 Stan. L. Rev. 261 (1992).

(26) See Mohr, *supra* note (4), at 171-72.

制定されたコネティカット州法は、胎動初覚概念を廃止し、中絶を懇願し、他者をして中絶を行わせ、または自ら中絶を試みた女性に対して刑事責任を科し、中絶薬等の広告を禁止したが、同法は、その後の20年間に制定された反中絶立法の基調となった<sup>(28)</sup>。また、1873年には、わいせつ物の州間での郵送を禁止するいわゆるコムストック法が連邦法として制定され、その規制の対象には、妊娠を防止し、または中絶をもたらすための物品が含まれた。悪徳の追跡者をもって自任し、社会浄化運動の活動家として同法の制定に奔走したアンソニー・コムストック (Anthony Comstock) は、同法の下で、違法に郵送された物品の検査や押収を担当する合衆国郵政省の特別捜査官に任命されたが、1878年には、一計を案じてマダム・レステルを逮捕し、レステルを自殺に追いやった<sup>(29)</sup>。連邦法にならって、多くの州でも、小コムストック法 (the Little Comstock Laws) と呼ばれた同様の州法が制定された<sup>(30)</sup>。こうして、1860年以降、立法者は、中絶に対する大いなる戦いにおいて、伝統的な胎動初覚の準則を放棄し、コモン・ロー上の女性に対する免責を廃止し、広告に関する規制やわいせつの定義のような州のあまり重要でない権限の助力を得たが、この時期に制定された立法は、1960年代まで、妊娠中絶に関する公認の政策となった<sup>(31)</sup>。また、各州の裁判所においても、1880年から1900年にかけて、従来の立場が変更され、訴追された中絶医に対して立証責任等の負担が課せられるようになり、中絶に対するこれまでの寛容な立場が転換されることとなった<sup>(32)</sup>。

---

(27) See *id.* at 200.

(28) See *id.* at 201-02.

(29) See *id.* at 196-99; Grossberg, *supra* note (4), at 176-77, 190; Brodie, *supra* note (6), at 255-57, 259-66. また、亀井俊介『ピューリタンの未裔たち—アメリカ文化と性』73~79頁(1987)も、参照。

(30) See Grossberg, *supra* note (4), at 177-78; Brodie, *supra* note (6), at 257-58.

(31) See Mohr, *supra* note (4), at 224-25; 227-30.

(32) See *id.* at 230-37.

ところで、こうして制定された各州のほとんどの中絶法は、母体の生命を維持するために医師により、または医師の助言に基づいて行われる中絶を合法であると宣言する治療的中絶の例外規定を含んでいたが、これらの規定は、実際には、中絶が必要である場合を決定するほとんど無制約の裁量を医師に与え、こうして、「正当と認められる」中絶の決定が医師に全面的に委ねられることになった<sup>(33)</sup>。しかも、その際には、“life”という曖昧な文言が、切迫した死からのみ母体を救うことのみならず、広く、日々の生活の進行と質を保護することを意味しうるよう、おそらくは意図的に選ばれ、医師たちは、life という語の両方の定義の下で、中絶を快く行うことができ、また、そのように著作において主張した<sup>(34)</sup>。こうして、19世紀末までに中絶の決定が医学的判断の問題とされたことは、治療的中絶が医師の判断により善意を持って行うことができるということの意味したのみならず、一定の階層の女性一家庭医と親しい付き合いがあり、出産を避けるためのもっともらしい身体的理由を持ち、その中絶の動機づけが医師の価値観を基本的に傷つけないような、高収入の女性一であれば、中絶を得るのにほとんど困難がなかったのかもしれないということの意味した。しかも、中絶決定の医療化は、医師による中絶の決定を公衆の監視から外し、その結果、中絶をめぐる論争それ自体が、大部分、社会から消え去ることになった<sup>(35)</sup>。さらに、中絶撲滅運動を通じて、正規の医師たちは、生と死を定義する科学的権威を主張し、そうする上で、宗教上の指導者たちが有していた権威を主張したが、正規の医師たちは、この道徳的撲滅運動を先導し、聖職者たちの中絶への関心の欠如を徹底的に批判する上

(33) See Luker, *supra* note (4), at 32-33; Reagan, *supra* note (4), at 61-67. See also Carl N. Degler, *At Odds: Women and the Family in America from the Revolution to the Present* 237 (1980).

(34) See Luker, *supra* note (4), at 33-34.

(35) See *id.* at 35-39. もっとも、この最後の点に関しては、後述するレスリー・J・リーガンの批判的なコメントが参照されるべきである。See *infra* note (37).

で、一般市民のみならず、宗教上の指導者たちよりも上位に自らを置いた<sup>(36)</sup>。

## (2) 違法中絶の時代

19世紀半ばに妊娠中絶が犯罪化されて以降、違法中絶の時代は、1960年代後半まで、ほぼ1世紀以上の間、継続することになる。しかし、この違法中絶の時代は、静的なものではなく、絶えず変化したのであり、中絶の傾向、業務、取締り、政治は、必ずしもいっせいにというわけではないが、時の経過とともに全く一変した。中絶は、この時代のほとんどを通じて、広く利用することができたが、寛容の時期は、厳しい抑圧の時期によって区切りがつけられた<sup>(37)</sup>。

全国的規模における中絶の犯罪化にもかかわらず、19世紀末から20世紀初頭において、普通の人々の妊娠初期についての思考は変わることなく、中絶は引き続き行われ、広く受け入れられた。中絶は、あらゆる社会集団

(36) See Reagan, *supra* note (4), at 13-14; Luker, *supra* note (4), at 32.

(37) See Reagan, *supra* note (4), at 2, 14. 以下の違法中絶の時代についての叙述は、レスリー・J・リーガンの研究に拠る。See Reagan, *supra* note (4). リーガンは、この時代を目立たない、変化のない世紀として描くこれまでの見方に異を唱え、とりわけ、中絶を取り巻く政治的、社会的活動をめぐって、この時代を全体として「沈黙の世紀」と見るクリスティン・ルーカー (Kristin Luker, *supra* note (4), chap. 3-5) に批判的である。See Reagan, *supra* note (4), at 81; see also *id.* at 20, 266 n. 5. リーガンによれば、違法中絶の時代は、四つの時期に分けられるのかもしれないとされ、第一に、1880年までに全国的に達成された州毎の中絶の犯罪化から1930年までに至る、継続性によって強く特徴づけられる時期、第二に、大恐慌の結果、1930年代に生じた構造上の変化の時期、第三に、中絶を統制する新しい方法が最初に実施された1940年に始まり、それらが取り除かれた1973年まで続く、州および医療当局による中絶に対する制約の増大とすべての女性集団による中絶要求の激化によって特徴づけられる時期、そして、第四に、第三期と重なり合うが、1950年代半ばに始まる、中絶を非犯罪化する運動の時期に区分して、中絶規制のみならず、中絶の行われた場所、中絶業務、中絶の利用可能性に従って、その歴史の足跡をたどる。See *id.* at 14-16.

の女性によって利用され、家や医師の診療室、家族や友人間といった小さな集団においてだけではあったが、隠さずに議論された<sup>(38)</sup>。もっとも、中絶を求めて医師と助産婦のもとに行く顧客層には相違があり、アメリカ生まれで、中産階級の女性は、医師に診てもらえる見込みが最も高かったのに対して、移民で、労働者階級の女性は、同じ女性で、外国生まれの、安く利用できる助産婦により通いがちであった<sup>(39)</sup>。中絶の明らかな利用可能性と世間一般の受け入れに反応して、中絶についての厳重な取締りが1890年から1920年の間に生じたが、それは、産科の専門医が中絶反対運動を再び始めたときであり、そのとき、医療専門職は、州の執行体系に引き入れられた。既に中絶は犯罪化されていたので、この世代の中絶反対者は、州の立法者に法律を制定するよう働きかけることはできず、その代わりに、アメリカ人の思考を変えることおよび刑事中絶法の進行中の執行を確保することを望んだ。新しい中絶撲滅運動は、三つに分かれた戦略を追求し、第一に、中絶の不道徳性と危険について、アメリカ人女性と大衆を再教育することに焦点を合わせ、第二に、医学界内部において、移民の助産婦を医療専門職から排除しようと努め、第三に、州議会議員から新しい法律が執行された場である地方レベルに活動の中心を移し、法律を執行することについて、州公務員との連携を模索した<sup>(40)</sup>。産科医が自らの専門性を確立しようと努めたとき、彼らは、自分たちの分野の低い地位の原因として、助産婦に焦点を合わせ、競争相手を統制する運動を先導した。この運動は、小さな専門医の集団の利益から生じたが、移民の母親たちの福祉と都市部における若年女性のセクシュアリティについての社会のより大きな不安に訴えたとき、大衆の注目と立法部の行為を勝ち得た<sup>(41)</sup>。1920年までに、助産婦と中絶に反対する全国的な運動は衰えたが、それ

---

(38) *See id.* at 20, 45.

(39) *See id.* at 73, 76.

(40) *See id.* at 15, 80-81.

(41) *See id.* at 90-91, 109.

は、バース・コントロールや、母体と幼児の健康を向上させるために州に連邦補助金を与えるシェパード＝タウンナー法 (the Sheppard-Towner Act) との戦いに医師たちが注意を向けたからである<sup>(42)</sup>。1930年代までに、産科が確立された専門医の分野となり、助産婦が北部の都市から消えていったとき、貧しい女性は、ジェンダー、文化、階級を共有し、広範な生殖サービスを提供してくれた専門家集団を失った<sup>(43)</sup>。また、19世紀末から1930年代に至るまで、州は、女性が死んだときに、中絶医を訴追し、そのために、臨終の供述 (dying declarations) を収集することに努力を傾注したが、その際には、刑事中絶法を執行することについて州との連携を積極的に求めた医師もいたとはいえ、州の取調べに協力したほとんどの医師は、中絶事件で被疑者として逮捕されることを恐れるあまり、そうしたのであった。こうして、州公務員は、医師を訴追で脅すことによって中絶の抑止への協力を医師を引き入れた<sup>(44)</sup>。

大恐慌は、女性の生活のあらゆる側面に影響を及ぼし、すべての社会階層において、より多くの女性が中絶に頼った。女性が医師に助けを求めて圧力をかけるにつれて、合法であれ違法であれ、中絶の医療業務が1930年代に拡大した。医師は、初めて、治療的中絶の症例において、社会的適応が医学的判断の不可欠の構成要素であることを認め、その結果、多くの女性が恩恵を受けた<sup>(45)</sup>。中絶はより利用できるようになり、行われる場所は変更された。中絶業務が私的な場所や家から病院や医師の診療室に移るにつれて、中絶は医師の手に統合され、より目に見えるようになった。医師の中絶医は、中絶というたった一つの処置を専門にし、安全な中絶を規

(42) See *id.* at 81, 110-11. 医師たちが同法に反対したのは、政府による医療統制と個人で費用を支払う患者の喪失を恐れたからである。See *id.* at 110.

(43) See *id.* at 76, 111.

(44) See *id.* at 115-16, 130-31. なお、「死亡なくして訴追なし」との暗黙の合意については、see Rickie Solinger, *The Abortionist: A Woman Against the Law* 16 (1994).

(45) See Reagan, *supra* note (4), at 132, 135, 143-46.

定通りに行くために標準的な医療処置を用い、中絶クリニックと呼ぶことができるかもしれないようなものを経営した。さらに、中絶の専門医は、正規の医療の不可欠の一部となり、医師の連絡網がこうした医師の中絶医に患者を紹介した<sup>(46)</sup>。中絶の専門医が生じたのは、大恐慌が医師の財政状態に損害を与えたとき、より多くの者が中絶業務に興味を持ったからであり、また、北部の都市から移民の助産婦が消失したことは、中絶を実施する圧力を医師に増すこととなった<sup>(47)</sup>。こうした医療における構造上の変化の結果、非常に多くの女性が伝統的な医療環境の下で医師から中絶を受け、術後に、合併症に罹ることはなかった<sup>(48)</sup>。

1940年を境として、中絶の新しい抑止が始まった。警察や訴追者は、戦略を変更し、中絶医の診療室への踏み込みが1940年代および1950年代の間に全国的な規範となった。訴追者は、もはや女性の死に責任のある中絶医の摘発に精力を注ぐのではなく、長年にわたってほとんどまたは全く警察の干渉なしにクリニックを運営していた、信頼され、熟達した中絶医を封じ込めるために努力した。その結果、中絶医に不利な証言を得るために、女性患者が証人として捜し求められ、警察署や法廷において自らの中絶について語ることを強いられた<sup>(49)</sup>。中絶を統制する警察戦略の転換とほとんど同時に、病院経営者が治療的中絶を制限する新しい方針を打ち出した。病院の産科部門が治療的中絶委員会を1940年代および1950年代に設立したとき、病院は、中絶法を執行する新しい役割を自発的に果たし、州の権力として行動した。病院中絶委員会は、いつ中絶が治療的で、それ故、合法的であるかを定義し、中絶を実施する医師を規制し、各々の病院で受

(46) *See id.* at 15, 132-33.

(47) *See id.* at 147.

(48) *See id.* at 159.

(49) *See id.* at 160-61, 164-66. なお、この時期に生じた中絶医の逮捕と裁判が持つ意義については、*see* Rickie Solinger, *Pregnancy and Power Before Roe v. Wade, 1950-1970*, in Rickie Solinger, ed., *Abortion Wars : A Half Century of Struggle, 1950-2000* 18-20 (1998).

け入れられる中絶の適応症を統一した<sup>(50)</sup>。全国の病院に設立されたその新しい機構は、治療的中絶の承認を拒絶し、あるいは、医師や女性に治療的中絶を求めることを自発的に断念させることによって、治療的中絶の数を制限した一方で、専門医を保護し、病院において専門医が恐れることなく合法的な中絶を実施することができる小さな領域を作り出した<sup>(51)</sup>。こうした中絶に対する巻き返しが進展したのは、女性の独立に対する攻撃と出産の奨励が1940年代に始まったからである。さらに、この時期の中絶に対する州の監視は、マッカーシズムの下で繰り上げられた、批判的な思想と行動に対する政治的、文化的攻撃のもう一つの側面であり、この中絶の新しい抑止が1940年代および1950年代に生じた政治的、個人的逸脱の抑止の一部であったということも見逃せない<sup>(52)</sup>。しかしながら、この時期においてできえ、女性の社会進出に伴う絶え間のない需要に応じて、中絶業務は新たな方向に拡大した。1940年代および1950年代に、治療的中絶の適応症の一つとして、精神医学上の理由づけが受け入れられるようになった<sup>(53)</sup>が、病院での合法的な治療的中絶数が激減し、また、既存のクリニックが閉鎖に追い込まれたため、中絶は、利用することがより困難となり、費用がよりかかり、より危険となった。この時期に、目隠しをし、女性だけを中絶のために見知らぬ場所へ連れて行くことが規範となった<sup>(54)</sup>。安全で、合法的な治療的中絶を病院で受けるごくわずかの者は、ほとんどすべてが中産階級の白人女性であり、他方、ほとんどの人種や階級の女性が違法な中絶を受けたとはいえ、低所得の女性やアフリカ系アメリカ人、ラテン系の女性は、白人の裕福な女性よりも違法中絶の悪影響を被った。こうして、1960年代初頭までに、人種と階級による安全な中絶へ

---

(50) See Reagan, *supra* note (4), at 173-74.

(51) See *id.* at 177-79.

(52) See *id.* at 15, 162-64, 172-73.

(53) See *id.* at 15, 201-03.

(54) See *id.* at 193, 197-98 ; see also Patricia G. Miller, *The Worst of Times* 5-6 (1993).

のアクセスの圧倒的な不平等が明白となった<sup>(55)</sup>。

### (3) 合法化運動の確立

1950年代半ばに顕在化する刑事中絶法改正の動きは、病院中絶委員会の現状に対する精神科医の不満を端緒とした、医師たちの現行法の再検討と改正の要求に始まる<sup>(56)</sup>。病院における審査委員会の厳しい審査により治療的中絶数が減少し、また、違法中絶から生じる母体の損傷が目に見えて増大したことは、医師たちに中絶法制の現状に対する疑いを差し挟むきっかけを与えた。医師たちは、問題の解決を、病院委員会制度の解体にではなく、現行法を厳格に解釈するときには母体の生命を「救う」ために行われるほとんどの治療的中絶が違法となる恐れがあった、法改正に求めた。1955年に開催された中絶に関するアメリカ家族計画連盟（the Planned Parenthood Federation of America）（PPFA）主催の会議と1958年に出版されたその会議報告書を通じて、既存の中絶法制の緩和に向けた雰囲気があり、とりわけ医師や法律家といった専門職の間で次第に醸成された<sup>(57)</sup>。1959年には、各州における法律の統一を目的として特定の法分野についての包括

(55) See Reagan, *supra* note (4), at 193.

(56) See *id.* at 217-18. なお、「変革への一般化された欲求が政治過程に浸透し始めたまさにその時期を正確に示すことは難しい」（Eva R. Rubin, *Abortion, Politics, and the Courts: Roe v. Wade and Its Aftermath* 20 (rev. ed. 1987))のみならず、実際にも、「1960年代に、アメリカ中絶法の広範な再検討を可能にした精神的風土は、どんな一つの出来事から生じたのでもなければ、どんな一つの見方から育ったのでもなかった」（Laurence H. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes* 36 (1990)) といえ、合法化運動の展開過程を本節のように描くことについては、広く意見の一致が得られているように思われる。See, e.g., Lee Epstein and Joseph F. Kobylka, *The Supreme Court and the Legal Change: Abortion and the Death Penalty* 141-46 (1992); Karen O'Connor, *No Neutral Ground?: Abortion Politics in an Age of Absolutes* 26-29 (1996).

(57) See Reagan, *supra* note (4), at 218-20; David J. Garrow, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe v. Wade* 275, 275-76 (1994).

的な法律を作成することを主たる任務とするアメリカ法律協会 (the American Law Institute) (ALI) において、コロンビア大学ロー・スクール教授、ハーバート・ウェクスラー (Herbert Wechsler) の起草した治療的中絶を緩和する勧告が発声採決で承認された。免許を受けた医師に、母体の身体的または精神的健康を理由とする中絶、胎児障害を理由とする中絶もしくは妊娠が強姦または近親相姦による場合に中絶を行うことを認めるこのアメリカ法律協会の勧告は、中絶法の緩和に向けた初めての主要な刺激となった<sup>(58)</sup>。また、同年刊行のスタンフォード・ロー・レビューに掲載されたカリフォルニア州内の病院における治療的中絶の実態を明らかにする論説<sup>(59)</sup>は、法規定と医師の行為との乖離をはっきりと示すことによって、母体の生命を救う場合に中絶を限定している当該州法の解釈、適用上の危うさを医師たちに改めて認識させた<sup>(60)</sup>。

既存の中絶法制に対する専門職間に見られた批判的な傾向が広く大衆に共有される起爆剤となったのは、1960年代初頭に生じた二つの悲劇な出来事である。1962年には、妊娠初期におけるサリドマイドの服用による奇形児出生の恐れに直面した、シェリ・チェッセン・フィンクバイン (Sherrri Chesson Finkbine) の中絶をめぐる騒動を通して、中絶法をめぐる規範と現実との矛盾が顕在化し、母体の生命を救うためにのみ中絶を認める法規定の改正の必要性が広く世間に知られるようになった<sup>(61)</sup>。また、1962年

(58) See Garrow, *supra* note (57), at 277; Reagan, *supra* note (4), at 220-21.

なお、模範刑法典として1962年に公表された規定のうち、中絶の適応条件に関連する部分は、以下の通りである。「妊娠の継続が母体の身体的または精神的健康を重大に侵害し、子が重大な身体的または精神的障害を持って生まれ、もしくは、妊娠が強姦、近親相姦その他の不法な性交から生じたという実質的危険が存在すると免許を受けた医師が信じる場合、当該医師が妊娠を終了させることは正当化される」(Eva R. Rubin, ed., *The Abortion Controversy: A Documentary History* 80 (1994) による)。

(59) See Herbert L. Packer and Ralph J. Gampell, *Therapeutic Abortion: A Problem in Law and Medicine*, 11 *Stan. L. Rev.* 417 (1959).

(60) See Garrow, *supra* note (57), at 277-78; Luker, *supra* note (4), at 68-69.

から1965年まで全米で大流行した風疹は、胎児障害を恐れた、妊娠初期に罹患した女性による中絶の増大をもたらし、中絶に関する国民の意識を変えてゆくことにつながった<sup>(62)</sup>。こうして、中絶法の改正を支持する論調

(61) See Faye D. Ginsburg, *Contested Lives: The Abortion Debate in an American Community* 35-37 (1989); see also Luker, *supra* note (4), at 62-65, 78-79; Celeste Michelle Condit, *Decoding Abortion Rhetoric: Communicating Social Change* 28-31 (1990); Olasky, *supra* note (4), at 278-82; Garrow, *supra* note (57), at 285-89. このフィンクバインの話とは、以下の通りである。アリゾナ州フェニックス在住のフィンクバインは、四人の幼い子どもの母親であり、また、全国で人気のあった子ども向け番組の地元テレビ局の司会者であったが、アメリカでは未だ承認されていないものの夫が英国で購入してきたサリドマイドの精神安定剤を服用していたところ、サリドマイドによる胎児障害の記事を読んで不安を覚え、変わったばかりの主治医とも相談の上、地元の病院で治療の中絶を受けることになった。フィンクバインは、同様の状況にある女性に警告を發したいという思いから、自らの体験についての記事の掲載を地元紙に許したが、その結果、世間の注目を集めてしまい、訴追を恐れた病院から予定された中絶が取り消され、病院とともに当局に対して訴追されないことの保障を求めて法的手段に訴えたものの芳しくなかったことから、結局、国内では中絶を受けることをあきらめ、最終的にストックホルムで中絶を受け、中絶された胎児にも奇形が認められたというものである。「完璧な郊外の主婦で母親」(Olasky, *supra* note (4), at 279) であったフィンクバインの妊娠は、「中絶の非の打ち所のない主張を提出した」(Luker, *supra* note (4), at 65) ものと受け取られ、それ故、この悲劇は、「違法中絶だけを攻撃し、家族や健康な胎児、子ども、育児を攻撃しなかった」ことによって、「できる限り狭い、(それ故、最も説得力を持った) やり方で現状に対して異議申立てを行う、申し分のない伝達手段」(Condit, *supra*, at 29) となった。なお、同年9月に行われたギャラップ世論調査の結果は、回答者の52%がフィンクバインは正しい行いをしたと回答し、32%が誤っていたとしている。See Garrow, *supra* note (57), at 289.

(62) See Rubin, *supra* note (56), at 22-23; Garrow, *supra* note (57), at 300-01. エヴァ・R・ルービンは、当時の報道に依拠しつつ、この大流行により、およそ8万2千人の妊婦が風疹に罹患し、約1万5千人の障害児が生まれたとする。See Rubin, *id.* at 22-23. なお、1966年には、サン・フランシスコの高名な医師たちが、それぞれの病院において承認された、風疹に罹患した妊婦に中絶を施したことを理由として、強硬な中絶反対派として知られたあるカトリック産科医の委員の主導するカリフォルニア州医師免許資格審査委員会によって、医師免許取り消しの危険にさらされたが、この「サン・フランシスコの9名」と呼ばれた出来事は、全国的な注目を浴び、医学校の100名以上のディー

が次第に主要な新聞やテレビ番組、著名な医学、法律雑誌において見られるようになり<sup>(63)</sup>、また、これと相前後して、中絶法の自由化を求める運動体が各地で結成され<sup>(64)</sup>、中絶法の改正をめぐる議論が大きな高まりを見せるようになった<sup>(65)</sup>。

## 2 妊娠中絶合法化運動の転換

### (1) 中絶法の改正と運動の転換

19世紀反中絶法の改正が州議会で最初に議論されたのは、1961年のニュー・ハンプシャー州においてである。治療的中絶の例外規定を全く有していなかった当該州法を改正し、母体の生命が危険にさらされた場合に、妊娠20週の間の中絶の実施を認める法案は、しかし、州の上下両院を通過したものの、州知事の拒否権によって葬り去られた<sup>(66)</sup>。同じく1961年には、

---

ンを含む、全米の多くの医師による抗議行動を引き起こし、最終的に、告発も取り下げられた。See *id.* at 23; Carole Joffe, *Doctors of Conscience: The Struggle to Provide Abortion Before and After Roe v. Wade* 33 (1995); see also Luker, *supra* note (4), at 86-87; Garrow, *supra* note (57), at 306-07, 309.

(63) See Garrow, *supra* note (57), at 298, 299-300, 302.

(64) 例えば、1965年には、中絶法の廃止を主張する人道的中絶団体 (the Society for Humane Abortion) (SHA) が、カリフォルニアの活動家で、自らも三度の中絶を経験しているパット・マギニス (Pat Maginnis) によって創設され (See *id.* at 284, 301)、ニュー・ヨークでは、ロバート・E・ホール (Robert E. Hall) を会長とする中絶研究協会 (the Association for Study of Abortion) (ASA) が、その前身組織である人道的中絶協会 (the Association for Humane Abortion) (AHA) から名前を変えて結成された (See *id.* at 296-97, 300)。

(65) フィンクバインの一件以降、中絶に関して初めて行われた1966年1月のギャラップ世論調査によれば、母体の健康が危険にさらされている場合、子どもが身体に障害を持って生まれてくるかもしれない場合、家族が子どもをもう一人扶養する十分なお金を持たない場合に、中絶が合法化されるべきかどうかについて問われたところ、回答者の支持と反対の割合は、それぞれ、77%対16%、54%対32%、18%対72%という結果になったという。See *id.* at 302.

アメリカ法律協会 (ALI) が提案した型に沿った州中絶法改正法案がカリフォルニア州議会に提出され、その後も、同州では、この ALI 型の改正法案が、1963年に法案の提出者を変えながらも、州議会に再提出され続けたが、1967年に最終的に成立するまで、そのいずれもが不首尾に終わった<sup>(67)</sup>。しかしながら、中絶問題が、1960年代に、汚れた、秘密の論点として扱われることから、真剣な論争と注目の対象となるにつれて、中絶法改正のための運動が各州で活性化し、1967年の最初の8ヶ月間には、少なくとも25の州議会で改正法案が審議されるに至った<sup>(68)</sup>。このうち、1967年4月から6月にかけて、コロラド、ノース・カロライナ、カリフォルニアの各州で ALI 型の法改正が成立したが、カトリック教徒が全米で最少の、全州民の1パーセントしかいないノース・カロライナ州は別にして、コロラド州とカリフォルニア州では、カトリックを中心とする組織化された激しい反対が見られた<sup>(69)</sup>。しかしながら、コロラドでもノース・カロライナでも、非常に熟達し、洞察力のある法案提出者が存在したことで、法改正の推進力がどこからともなく全く突然に現われ、公衆の注目や論争の恐れが彼らの努力に引き寄せられる前に、法案を準備し、提出することができたことが法案成立の要因として挙げられている<sup>(70)</sup>。また、カリフォルニアでは、法案提出者個人の力量に加えて、州議会において、主として、強姦と近親相姦の悲劇的結果を和らげるための手段として法案が売り込まれ、法案の提出者側でさえ、当該法律の基本的な意図は、困難な状況にある女性に救済を与えることであると認めていたことがその成功の秘訣と見られている<sup>(71)</sup>。もともと、州議会における中絶法改正の試みは、ニ

(66) *See id.* at 282 ; Lawrence Lader, *Abortion* 111-16 (1966).

(67) *See* Garrow, *supra* note (57), at 282-83, 290, 292, 296, 298-99, 301 ; *see also* Luker, *supra* note (4), at 69-72, 73-76.

(68) *See* Garrow, *supra* note (57), at 310.

(69) *See id.* at 323-25, 327-30, 330-32 ; *see also* Luker, *supra* note (4), at 88-90.

(70) *See* Garrow, *supra* note (57), at 329.

ュー・ヨークを初めとするそれ以外の州では、進展することはなかった<sup>(72)</sup>。なお、1967年には、既に1963年に自由化を是認していたユニテリアン・ユニバーサリスト協会 (the Unitarian Universalist Association) や1966年に改正を是認したアメリカ・ルター派教会 (the American Lutheran Church) に加えて、アメリカ・バプテスト協議会 (the American Baptist Convention) が ALI 型の改正を是認した<sup>(73)</sup> ほか、アメリカ自由人権協会 (the American Civil Liberties Union) (ACLU) 理事会も「中絶を受ける女性の権利および刑事制裁の恐れなく中絶を行い、または行うことを拒否する医師の権利」を肯定し<sup>(74)</sup>、かつては反中絶法の制定を積極的に推進した全米医師会は、その代議員会で ALI 型の改正を是認した<sup>(75)</sup>。また、ニュー・ヨークでは、ジャーナリスト、ローレンス・レイダー (Lawrence Lader) の提唱した中絶紹介活動が聖職者中絶相談サービス (the Clergy Consultation Service on Abortion) (CCS) と称して正式に発足し、ハワード・ムーディ (Howard Moody) のバプテスト教会を本拠地とした電話による中絶実施者の紹介活動が始まった<sup>(76)</sup>。さらに、1966年に結成された全米女性機構 (the National Organization for Women) (NOW) は、1967年11月に開かれた第2回年次大会において、ベティ・フリーガン (Betty

(71) See *id.* at 332. それ故、カリフォルニアでの改正の勝利によっても、合法的中絶が与えられるのは、中絶を求めている全女性の5%以下であろうことが十分に認識されていた。See *id.*

(72) See *id.* at 315-17, 319-20, 326-27, 332.

(73) See *id.* at 291-92, 308, 333.

(74) See Samuel Walker, *In Defense of American Liberties: A History of the ACLU* 302 (1990); see also Nadine Strossen, *The American Civil Liberties Union and Women's Rights*, 66 N. Y. U. L. Rev. 1940, 1948 (1991). なお、ACLUは、さらに翌年、「胎児の母体外生存時より前の」中絶の権利を支持するよう、その方針を改定した。See Walker, *id.* at 302.

(75) See Raymond Tatalovich and Byron W. Daynes, *The Politics of Abortion: A Study of Community Conflict in Public Policy Making* 52-53 (1981).

(76) See Garrow, *supra* note (57), at 318, 333-34; see also Colin Francome, *Abortion Freedom: A Worldwide Movement* 109-10 (1984).

Friedan) の主導の下、組織内部の慎重派を振り切って、中絶法の廃止を求める文書を採択した<sup>(77)</sup>。

もっとも、こうした州議会における法改正の進展とそれに呼応した中絶をめぐる議論の隆盛にもかかわらず、改正立法の実際上の効果は、芳しいものではなかった。というのも、治療的中絶の範囲を拡大する ALI 型の改正法の制定によっても、実際には、これまで病院が行ってきたことが追認されたに過ぎず、せいぜいでも中絶を望む女性のうちのほんのわずかな者にしか合法化による恩恵が与えられなかったからであり<sup>(78)</sup>、また、病院の中には、手続の透明化に伴った、訴追の可能性の増大を恐れるあまり、これまで以上に厳格に治療的中絶の判断を行うことによって、中絶数を抑制する傾向が見られたからである<sup>(79)</sup>。こうして、改正法案の成立は、皮肉にも、かえって改正法の不十分さを浮き彫りにし、改正 (reform) よりも、より抜本的な改革である、既存の反中絶法の廃止 (repeal)こそが追求されるべきであるとの認識を中絶法の改革を求める活動家にもたらしただけでなく<sup>(80)</sup>、活動家たちに、州議会における改正法の通過は、むしろ廃止の妨げになるとの懸念すら抱かせた<sup>(81)</sup>。こうした実情を反映して、

---

(77) See Garrow, *supra* note (57), at 343-44 ; Flora Davis, *Moving the Mountain : The Women's Movement in America since 1960 66-68* (1999); see also Suzanne Staggenborg, *The Pro-choice Movement : Organization and Activism in the Abortion Conflict 20-21* (1991). なお、「生殖生活をコントロールする女性の権利」と題するこの文書については、see Rubin, *supra* note (58), at 51.

(78) See Garrow, *supra* note (57), at 341. 従って、そこでは、当然、女性の階層による格差が残ることになる。

(79) See *id.* at 341-42.

(80) See *id.* at 349, 350. 1968年11月に開催された ASA 主催の国際会議においても、既存の全ての中絶法を廃止せよとの見解がほとんど全員一致の意見となった。See *id.* at 358-59.

(81) See *id.* at 360. 但し、こうした意見に対しては、廃止に消極的な立場を取る者からの、改正法は、助けとなる人がわずかしかないことを証明することによって、廃止への原動力を与えることができるとする開き直りとしか思えない反論もなされた。See *id.*

1968年半ばまでには、主流のメディアの中からも治療的中絶法の価値を疑う記事が出始め<sup>(82)</sup>、その後も、コロラド州改正法の提出者であるディック・ラム (Dick Lamm) のように、かつては改正法を支持していた者からでさえ、改正法の極端に控え目な現実の效果に失望して、廃止を主張する者が見られるようになった<sup>(83)</sup>。なお、この間にも、1968年春に、ジョージア州とメリーランド州において、ALI 型の改正法が成立した<sup>(84)</sup>が、他方で、同年5月には、アメリカ産科医婦人科医学会 (the American College of Obstetricians and Gynecologists) が広範な自由化を是認し、11月には、アメリカ家族計画連盟 (PPFA) やアメリカ公衆衛生協会 (the American Public Health Association) も半ば廃止を支持する決議を是認した<sup>(85)</sup>。また、1969年に入ると、2月に、中絶法廃止の全国組織である全国中絶法廃止協会 (the National Association for Repeal of Abortion Laws) (NARAL) が結成され、ローレンス・レイダーがその議長に就任したが、長年に渡って廃止には消極的な立場を取ってきた PPFA 会長、アラン・F・ガットマッカー (Alan F. Guttmacher) が転向し、廃止法案と改正法案の双方が州議会に提出されたニュー・ヨーク州法の改革について、廃止法案を支持する意向を表明した<sup>(86)</sup>。さらに、改正法の現実の効果が誰の目にもはっきりとわかるようになった1969年半ばには、病院で中絶を得ることは、注目と公的な監視の故に、おそらくは法律が制定される前よりも現在の方が難しいとか、新法の最終結果は、かつて医師が実際に行っていたことを単に合法化することだったといった酷評が聞かれるようになった

(82) *See id.* at 351.

(83) *See id.* at 360. ラムは、その後も、例えば、我々はある残酷な、役に立たない法律を、もう一つのそれに取り替えてしまったと悔いていると報じられた。 *See id.* at 374.

(84) *See id.* at 347-48.

(85) *See id.* at 350, 357.

(86) *See id.* at 360-61, 368. なお、改正法案の方は、下院本会議の投票まで行ったが、土壇場で否決された。 *See id.* at 368-69.

た<sup>(87)</sup>。それにもかかわらず、1969年には、ニュー・メキシコ、アーカンソー、カンザス、オレゴン、デラウェアの各州で改正法案が成立し、治療的中絶の例外を拡大する改正を行った州が10州に倍増したが、それ以外の州では、引き続き、廃止を含む中絶法の改革は、必ずしも進展しなかった<sup>(88)</sup>。

ところで、中絶法の改革は、中絶の一方の当事者である女性によってというよりも、むしろ医師や法律家、公衆衛生の専門家によって主導され、そのことが、改革が現状とほとんど大差のない改正にとどまっていた一つの要因ともなっていた<sup>(89)</sup>が、1960年代に、時代の政治的文脈の中で、新興のフェミニスト運動が登場したとき、その運動家たちは、中絶をめぐる争点の性格を根本的に変え、中絶に女性の権利という新しい意味を与えることによって、法改正の運動に根本的な変質をもたらす大きな役割を果たした<sup>(90)</sup>。例えば、バット・マギニス率いるSHAは、病院審査委員会は、女性を侮辱し、屈辱を与えるものであって、女性は、困難な個人的境遇を見知らぬ男性の集団に訴えなければならぬとすべきではないとし、また、中絶は女性が自由に決定をなすべき権利であり、妊娠の終了は、関わっている個人または家族が自己の宗教的信念や価値観、感情、状況が命じうように自由になすべき決定であって、それ故、中絶法は改正ではなく廃止されるべきであると主張した<sup>(91)</sup>。また、同様に、NOWのルシン

---

(87) *See id.* at 374-75.

(88) *See id.* at 369-70, 370-71.

(89) *See* Rubin, *supra* note (56), at 27-28; *see also* Testimony of Herma Hill Kay Before the Senate Committee on the Judiciary, 1981, *reprinted in* Rubin, *supra* note (58), at 87.

(90) *See* Reagan, *supra* note (4), at 217-18; Rubin, *supra* note (56), at 26. *See also* Luker, *supra* note (4), chap. 5.

(91) *See* Reagan, *supra* note (4), at 223-24; Lucinda M. Finley, *The Story of Roe v. Wade: From a Garage Sale for Women's Lib, to the Supreme Court, to Political Turmoil*, in Michael C. Dorf, ed., *Constitutional Law Stories* 372 (2004).

グ・シスラー (Lucinda Cisler) も、中絶は女性の権利であり、誰も女性の決定に拒否権を行使し、女性の意思に反して子を設けることを強制することはできないとして、中絶法が廃止されなければならないことを力説した<sup>(92)</sup>。こうした主張が生じた背景には、地域の、小さな意識高揚の集団や、組織化された、中絶に関して自由に語る集いを通じて、より多くの女性が運動に入るにつれて、彼女たちが中絶の物語を共有し、中絶がいかにしばしば行われているか、非常に多くの女性たちの経験がいかに屈辱的で恐ろしいものであるかを知りようになり、その結果、中絶立法を公的な争点として素直に考察することを妨げていた罪と恥の雰囲気が消え始めたという事情が挙げられよう<sup>(93)</sup>。いずれにしても、新しいフェミニスト運動は、女性が中絶に対する権利を持つと主張することによって、中絶法の廃止にその理論的支柱を与え、中絶法の改正から完全な廃止へと運動を転換させる一つの大きな原動力となったのである。

## (2) 司法戦略の見込み

司法判決による中絶法の自由化という発想は、既に、1960年代の初めから一部の活動家の間で見られた<sup>(94)</sup>が、そうした思考が現実の可能性を持って真摯な検討の対象となったのは、合衆国最高裁判所が既婚者による避妊具の使用に関わって憲法上のプライバシーの権利を承認した1965年の *Griswold* 判決<sup>(95)</sup>以降のことである。そもそも立法を通じた法改革の戦略には、あまりにも長い時間がかかり、莫大な人的、財政的資源が必要となること、ある年の勝利が翌年には敗北に変わるかもしれないという危うい不確実性をはらんでいること、地理的にむらのある改革によって、中絶法のパッチワークができ、ひいては中絶の利用可能性に貧富の差による相違

(92) See Rubin, *supra* note (56), at 26 ; Rubin, *supra* note (58), at 63.

(93) See Finley, *supra* note (91), at 372 ; Rubin, *supra* note (56), at 26.

(94) See Garrow, *supra* note (57), at 285.

(95) See *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

がもたらされること、という難点があり、他方で、合衆国憲法に基づいた全国を拘束する判決による法改革の達成には、合衆国のどこに住んでいるかにかかわらず、すべての女性に安全な中絶を選択する揺るぎのない権利をもたらすという利点があった<sup>(96)</sup>。Griswold 判決は、司法による法改革の可能性に理論的基盤を提供し、活動家たちに、反中絶法を攻撃するための訴訟を追求するという希望を与えた<sup>(97)</sup>。

このうち、ニュー・ヨークでは、1967年3月の州法改正法案の敗北を受けて、ローレンス・レイダーやハリエット・ピルペル (Harriet Pilpel) といった活動家たちが中絶に関するテスト・ケースの可能性を真剣に模索し始めたが、その際に、活動家たちが参考にしたのは、当時まだ25歳のスパージョン・ルロイ・ルーカス・ジュニア (Spurgeon LeRoy Lucas, Jr.) が書いた未公表の評論だった<sup>(98)</sup>。ニュー・ヨーク大学ロー・スクールの学生で、ガールフレンドとともにプエルト・リコに中絶旅行に出かけた経験を持つルーカスは、3年次に研究論文の執筆を選択し、反中絶法の合憲性をテーマに定めたが、Griswold のプライバシーの法理が「中絶法の重要な側面に対する攻撃のために」<sup>(99)</sup>、おそらく道を切り開く可能性があること示唆するトーマス・I・エマソン (Thomas I. Emerson) の論文に強い衝撃を受け、この論点をさらに検討し、その草稿をピルペルに送ったのである<sup>(100)</sup>。1968年に出版されたルーカス論文は、「州による中絶制限の基礎に

(96) See Finley, *supra* note (91), at 374.

(97) 例えば、病院の承認した風疹による中絶を実施したカリフォルニアの医師の懲戒をめぐる裁判 (前掲・注 (62), 参照) に関わって、1966年11月にカリフォルニア州最高裁判所に提出されたザッド・リーヴィ (Zad Leavy) とハーマ・ヒル・ケイ (Herma Hill Kay) によるアミカス・ブリーフは、Griswold のプライバシーの判示部分は中絶に適用することができ、また、そうすべきであると明示的に主張する初めての司法上の文書となった。See Garrow, *supra* note (57), at 309-10.

(98) See *id.* at 318-19, 334.

(99) Thomas I. Emerson, *Nine Justices in Search of a Doctrine*, 64 Mich. L. Rev. 219, 232 (1965).

(100) See Garrow, *supra* note (57), at 335-38.

ある諸前提は、州の行為の許容しうる範囲を越え、中絶禁止は、最高裁判所の諸判決によって認められているような権利章典に述べられている諸価値に反して、実体的デュー・プロセスを侵害し、さらに、州の反避妊立法を無効にした最近の *Griswold* 事件は、中絶の禁止を州の権限の違憲な主張として無効にするために、個々の医師または病院中絶委員会委員によって援用することができる」<sup>(101)</sup>と結論づけている。その後、ルーカスは、ASAの依頼を受けて、自己の論文に基づき、中絶法を違憲とする宣言的判決を求める訴訟のための模範意見書を書き上げた<sup>(102)</sup>が、これを受けて、1968年7月に、ニュー・ヨークで活動家たちの会合が開かれ、最初の訴訟はニュー・ヨーク州法に対して提起すること、ロバート・E・ホールが、原告となる医師と病院で中絶を拒否された女性を見つけてくること、1968年の後半か1969年の初頭までに憲法上の意義申立てが進行すべきこと等の訴訟方針が決定された<sup>(103)</sup>。

同じ頃、カリフォルニアでは、南カリフォルニアでアメリカの医師免許を持たないまま中絶を行っていたメキシコ人の医師に、中絶を懇願した学生を紹介した廉で有罪判決を受け、州最高裁判所に上訴していたレオン・フィリップ・ベロウス (Leon Phillip Belous) 医師の事件が、反中絶法の合憲性を争うテスト・ケースの最有力候補として注目され始めていた。州最高裁判所は、1968年10月に、口頭弁論を翌年初めにも開くことを決定した<sup>(104)</sup>が、同じ時期に、ニュー・ヨークでは、「テスト・ケース特別委員会」と呼ばれるようになった戦略会議が開かれ、医師ないし患者の原告を未だに勧誘できていないこと、Belous 判決が出されるのを待つのではなく、Belous のもしかすると好ましくない結果よりも前にニュー・ヨーク

(101) Roy Lucas, *Federal Constitutional Limitations on the Enforcement and Administration of State Abortion Statutes*, 46 N. C. L. Rev. 730, 777-78 (1968).

(102) See Garrow, *supra* note (57), at 352-53.

(103) See *id.* at 353-54.

(104) See *id.* at 354-56.

での訴訟の最初の口頭弁論が行われるように、1969年の非常に早い時期に訴訟を起こすべきことが決定された。もっとも、この会議では、かねてから反中絶法の起源についての歴史研究に没頭していたシビル・C・ミーンズ・ジュニア (Cyril C. Means, Jr.) が、19世紀には正当であった反中絶法は、その制定を動機づけた事実に関する前提—当時の外科を取り巻く状況の下での妊婦の生命と健康の保持についての懸念—が消えたときに違憲となったとする旨の歴史の議論に固執し、Griswold 型の中絶法に対する違憲の主張では成功の確かな見込みは全くないとの持論を展開したが、ミーンズに同調する者は誰もいなかった<sup>(105)</sup>。しかし、11月のニクソンの大統領選挙の勝利により当時の合衆国最高裁判所の微妙なバランスが悪い方へ変わるかもしれず、懸案のニュー・ヨークの訴訟が1971年までに最高裁まで達しなければ、頼みとするダグラス、ハーラン両裁判官が在職していないかもしれないとの重大な懸念が生じていたにもかかわらず、1968年12月には、実際の提訴が翌春半ばまで遠のかざるを得ないことが明らかになった<sup>(106)</sup>。1969年3月4日には、カリフォルニア州最高裁判所の7人合議法廷で、Belous の口頭弁論が開かれたが、それを受けて、活動家たちの間では、当該州法に対する違憲判決が、漠然不明確の故に無効の法理に基づいて出されるのではないかとの観測が高まった<sup>(107)</sup>。他方、ニュー・ヨークでは、提訴が、もしかすると有益な Belous 判決が得られているかもしれない秋までさらに延期されることが決まったが、同じ頃、ルーカスは、自らのジェイムズ・マディソン憲法研究所 (the James Madison Constitutional Law Institute) の創設に忙殺されながらも、合衆国最高裁判所の前裁判官、トム・C・クラーク (Tom C. Clark) の書いたある論文に接し、「生命が存在する期間までは、病院または適切な診療条件の下で行われる

(105) See *id.* at 318, 352, 356-57; see also Cyril C. Means, Jr., *The Law of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality*, 14 N. Y. L. F. 411 (1968).

(106) See Garrow, *supra* note (57), at 357, 359.

(107) See *id.* at 365-66.

中絶による妊娠の中断に対して、州は干渉することができない」<sup>(108)</sup>とし、「中絶は、あの微妙なプライバシーの領域—夫婦関係—の範囲内にある」<sup>(109)</sup>と断言するクラークの主張に意を強くした<sup>(110)</sup>。

1969年9月5日、待ち望まれていた *Belous* 判決が出された。4対3の僅差で出された判決において、多数意見を執筆したピーターズ裁判官は、1967年に改正される前の州法の、母体の生命を維持するために必要な場合を除いて中絶を行う者を処罰する規定について、生命を「維持するために必要な」という文言は、「基本的な憲法上の権利を不適當に侵害することなく、デュー・プロセスの要件を間違いなく十分に満たすことができるような解釈を許さない」<sup>(111)</sup>から、無効であると判示し、ペロウス医師の有罪を破棄した。その上で、ピーターズは、「維持するために必要な」という文言に死の確実性を要求することは、本件で問題となっている「女性の生命に対する権利および子を設けるかどうかを選択する権利」<sup>(112)</sup>という「女性の憲法上の権利の無効な制限を引き起こすであろう」<sup>(113)</sup>とし、「女性の生命に対する権利が問題となるのは、出産には、死の危険が関わるから」<sup>(114)</sup>であり、また、「子を設けるかどうかを選択する女性の基本的権利は、結婚、家族およびセックスに関連した事項における『プライバシーの権利』または『自由』についての合衆国最高裁判所および当法廷の度重なる承認から生じる」<sup>(115)</sup>ものであると述べた。さらに、ピーターズは、「現代の外科の医療業務に照らして見れば、死の確実性を要求する定義から生じる、憲法上の権利の多大で、直接的な侵害は、本件のように、中絶が第

(108) Tom C. Clark, *Religion, Morality, and Abortion : A Constitutional Appraisal*, 2 *Loyola U. L. Rev.* 1, 8 (1969).

(109) *Id.* at 9.

(110) See Garrow, *supra* note (57), at 371-72.

(111) *People v. Belous*, 458 P. 2d 194, 197 (1969).

(112) *Id.* at 199.

(113) *Id.*

(114) *Id.*

(115) *Id.*

ートライメスターの間に求められているような、女性の健康を考慮することに基づいては正当化されえない」<sup>(116)</sup>と付け加え、医学的知見をその意見に取り入れている。

このピータースの多数意見は、必ずしも明快ではないものの、漠然性に抛りながら、「子を設けるかどうかを選択する女性の基本的権利」に言及し、さらに、妊娠期間と中絶規制の有効性との関係を暗示している点で、画期的なものであった。活動家たちは、格式あるカリフォルニア州の最高裁判所によって、Griswoldに基づく訴訟戦略が是認されたものと受け止め、訴訟戦略がおそらく成功するであろうことに確信を持った<sup>(117)</sup>。9月30日、ルーカスは、ついに、ニュー・ヨーク州法の合憲性を争う訴訟を連邦地方裁判所に提起した。ルーカスにとって、この訴訟は、攻撃の三段階戦略の第一弾であり、医師のために提起される第一の訴訟に続いて、紹介活動に携わる聖職者と中絶を欲した貧困女性の名において、二つのコンパニオン・ケースが提起される手はずとなっていた。この医師の訴訟において注目されたのは、かつては医師の中でも改正の最も忌憚のない擁護者であったロバート・E・ホールとアラン・F・ガットマッカーが原告に名を連ね、改正派と廃止派の長年にわたる確執が、改正派自らが廃止派になることによって決着したことである。ルーカスの計画したこれら3つの訴訟は、350人の原告がすべて女性からなり、しかも、5人の女性法律家がその代理人を務める訴訟とともに併合され、思惑通り、3名合議法廷の申立てが連邦地裁において認められた<sup>(118)</sup>。これにより、直接上訴を通じて、

(116) *Id.* at 202.

(117) *See* Garrow, *supra* note (57), at 378-79. なお、カリフォルニア州における Belous 判決の実際上の効果は、中絶の利用可能性の制約を解く上で非常に実質的であったので、より新しい、1967年法に対するいかなる現実の訴訟も、実際には不要であると考えられた。See *id.* at 380.

(118) *See* Hall v. Lefkowitz, 305 F. Supp. 1030 (S.D.N.Y. 1969), *granting motion for a three judge panel*; see also Nancy Stearns, *Roe v. Wade: Our Struggle Continues*, 4 Berkeley Women's L. J. 1 (1988-89).

1971年6月までに合衆国最高裁判所による判決を得られる道筋がつけられた<sup>(119)</sup>。

1969年11月10日に、第二の、全く思いがけない判決が、今度は連邦地方裁判所において出された。本件で争われたのは、東海岸における紹介連絡網の支えとなっており、コロンビア特別区において免許を得ていたミラン・ヴィッチ (Milan Vuitch) 医師の刑事訴追に関わって、「母体の生命または健康の保持のために必要な」場合を除いて中絶を禁止する、コロンビア特別区の中絶規定の合憲性である。連邦地裁のゲゼル裁判官は、「健康」の例外を認める点で、改正前の法律の中でも全米で最も寛大なものの一つである当該規定について、「健康」という文言は、定義されておらず、実際にも非常に漠然としたままであり、「刑事法において不可欠だとデュー・プロセス・オブ・ロウが考えるような確実性を与えていない」<sup>(120)</sup>と判示した。その上で、ゲゼルは、「当該制定法は、個人の重要な憲法上の権利をかなりの程度まで疑いなく侵害する」<sup>(121)</sup>と述べ、「世俗の問題として、女性のプライバシーの自由と権利は、家族、結婚およびセックスの事項に及び、少なくとも妊娠の初期の段階において望まない子を除去する権利をおそらくは含むであろうという合衆国最高裁判所の判決における徴候が増してきている」<sup>(122)</sup>と記した。さらに、ゲゼルは、「連邦議会は、中絶業務を多くのやり方で疑いなく規制することができるのであり、おそらくは妊娠の様々な段階で異なった基準を打ち立てることさえするのだ」<sup>(123)</sup>と判示している。

(119) See Garrow, *supra* note (57), at 379-81. なお、ルーカスは、かねてから、ニュー・ヨーク訴訟を、州中絶法を攻撃するいくつかの連邦訴訟の最初のものとして位置づけていたが、Belous 判決によって、訴訟の全国的規模での展開に弾みが見ついたことを歓迎し、中でも、テキサス州での訴訟の可能性に大いに期待をかけていた。See *id.* at 381-82.

(120) United States v. Vuitch, 305 F. Supp. 1032, 1034 (D.D.C. 1969).

(121) *Id.*

(122) *Id.* at 1035.

(123) *Id.*

この *Vuitch* 判決は、Hall で具体化された司法戦略を改めて是認し、最高裁での最終的な勝利について益々楽観的となった活動家たちによる各州での訴訟計画の進行を著しく速めただけでなく、世論の動向にも大きな影響を及ぼした<sup>(124)</sup>。また、ルーカスも、テキサス州が、ニュー・ジャージー州と並んで、Hall のために最高裁で同時に審理されるべき訴訟を開始する最良の州であるかもしれないと以前にも増して考えていたが、この時点では、後の画期的な判決をもたらす原動力となったテキサスの法律家たちとは、未だ接点はなかった<sup>(125)</sup>。こうして、1969年末までに、「多数の若い弁護士グループが、お互いに無関係なままに仕事をしていただけのみならず、ありていに言えば、多くの場合、お互いの存在を知らないままに、それぞれ、避妊具の使用における夫婦のプライバシーについての *Griswold* の基本的権利は、望まない妊娠を継続するかどうかを選択する女性の基本的権利を含むよう拡張されうるとの議論を利用し始めた」<sup>(126)</sup>のである。

## おわりに

本稿は、アメリカ合衆国における妊娠中絶の犯罪化の過程とその後の違法中絶の時代を概観した後、19世紀以来の反中絶法の下、中絶立法の改革運動がいかにして確立するに至ったか、また、そうした運動が、その後、

(124) See Garrow, *supra* note (57), at 382-85. 例えば、11月半ばに行われたギャラップ世論調査によれば、回答者の40%が女性の合法的中絶へのアクセスを、「妊娠の最初の3ヶ月間のいつでも」是認するとしている。あるいは、2万7千人以上の医師の調査でも、過半数以上が廃止を支持した。See *id.* at 385.

(125) *Id.* at 386-88. なお、ルーカスは、全体の訴訟戦略に関して、ALI型の改正済み法よりも、未改正の法律に対する訴訟が先行すべきであると考えていた。というのも、両者が同時に最高裁で審理されれば、結果として生じる判決が妥協となってしまふ危険があるからである。See *id.* at 819 n. 71.

(126) David J. Garrow, *Abortion Before and After Roe v. Wade: An Historical Perspective*, 62 Alb. L. Rev. 833, 835-36 (1999).

どのように立法の改正よりも反中絶法自体の廃止を目指す運動へと転換し、さらには司法による法改革の可能性を模索し始めたのかについて考察してきた。以上の、妊娠中絶問題の政治化の過程の歴史的考察を踏まえて、次稿では、裁判所の内部における妊娠中絶判決の形成とその内容について検討し、合わせて、Roe 判決による全米規模での妊娠中絶の合法化の意義を考察することとしたい。