

論 説

「中絶の権利」へのカナダ的アプローチ ——手続的権利保障の意義と課題（2・完）——

春 藤 優

- 第一章 なぜ「中絶の権利」に手続的権利保障か
- 第二章 Morgentaler 判決
- 第三章 「中絶の権利」への手続的アプローチ
- 第四章 結び

第三章 「中絶の権利」への手続的アプローチ

第一節 Morgentaler 判決をどう理解するか？

1. Morgentaler 判決の否定的評価

本章では、前章までの整理を踏まえて Morgentaler 判決を分析する。その前提として、まずいくつか本判決への評価を紹介したい。Morgentaler 判決が、墮胎罪を違憲としたランドマーク的な判決であり、その意味でフェミニストにとって歓迎される結論を導いたことに違いないが、その評価は必ずしも肯定的なものばかりではなかった。同判決はカナダ憲章7条を学ぶ上では欠くことのできない重要判例ではありつつ、「中絶の権利」や「女性の権利」といった観点からは、以下に紹介するようにむしろ批判的な受け止めも多い。

Morgentaler 判決を評価しない意見において、同判決の手続的な論理は、あくまでも中絶を医療の問題として扱う（医師らの主導によって作られた）251条4項を前提としており、手続的論理は、医療の問題として中絶を扱う枠組みであるところの「医療言説」を転換せず、はっきりと「権利」⁽¹²⁷⁾を打ち出していないと批判される。また、Beetz 判事意見に典型的にみられるように中絶を再犯罪化する立法裁量を議会に与えており、医療化と合法化がセットとなった「医療—合法化パラダイム」も破棄されていない。つまり、Morgentaler 判決では、アメリカの Roe 判決で象徴的に見られるような、医療言説から権利言説へのシフトは起きていない。⁽¹²⁸⁾「権利」をめぐるのは、判決文を一見すると「身体の安全性」の権利の侵害を認めており、特に Dickson 判事は本人の希望や意思と関係ない基準に従って判断を受けることが、⁽¹²⁹⁾身体的統合性を侵害するとも述べているので、カナダ最高裁判所が権利言説を鍵として判決を正当化したように見える側面も⁽¹³⁰⁾ある。しかし、「最高裁は、権利の用語で中絶を再解釈しようとしたが、医療の問題として扱うことを主張し続けながら再解釈しているに過ぎない」⁽¹³¹⁾と指摘されるように、その権利は見せかけだと分析されている。既存の制度が生み出す「遅れ」によって認定される「身体の安全性」の侵害は、既存の制度そのものが機能していないことを指摘しているに過ぎない

(127) 日本において「中絶の権利」の文脈で Morgentaler 判決が紹介されてこなかった一因も、はっきりと権利を打ち出さず控えめな判断であったことに起因すると考えられる。Morgentaler 判決を控えめであると紹介する文献として、前掲注(53) 松井277頁。

(128) Julia Thomson-Philbrook, Doctor Knows Best: The Illusion of Reproductive Freedom in Canada, Stephanie Paterson, Francesca Scala, and Marlene K. Sokolon, *FERTILE GROUND, MQUP*, 246 (2014). なお、Roe 判決についても、実際は医師の自由を保護したにすぎず、医師の権威が保持されたという批判は根強くなされている。Yvonne Lindgren, When Patients Are Their Own Doctors: Roe v. Wade in an Era of Self-Managed Care, 107 *CORNELL L. REV.* 174 (2021).

(129) *Supra* note 46 at 56.

(130) *Supra* note 61 at 12.

(131) *Supra* note 91 at 17.

のであって、論理的には医療言説を前提としながら、象徴的には権利を保障したかのように見せていると批判される⁽¹³²⁾。Jen Rinaldi は、「リプロダクティブ・ライツはカナダ憲章7条に基礎づけられると同時に、それらの権利は医学的な文脈の中に置かれ、医師と患者の関係の中で行使される⁽¹³³⁾」と述べ、Dickson 判事らの意見において、なんらかの意味での「権利」は保障されているが、それは女性自身の自己決定権とは異なり、医療の枠組みの中の「患者の権利」に過ぎないという。以上の指摘を踏まえると Morgentaler 判決が「権利を保障した」かどうかは極めて微妙であり、相対的に多数派の意見が何らかの「権利」を保障しているにしてもその権利は、せいぜい医療的な手続きの枠組みの中の権利であって、妊娠する人が国家や夫、医師の決定ではなく自分自身で決定をするという意味での「中絶の権利」を打ち出す権利言説へのシフトは起こっていない⁽¹³⁴⁾。このように、Morgentaler 判決は否定的な評価を受けており、特に医療言説の枠内にとどまっているという批判は、カナダで支配的であるように思われる⁽¹³⁵⁾。

(132) Sheilah L. Martin, *Abortion Litigation, Women's Legal Strategies in Canada*, University of Toronto Press, 342 (2002).

(133) Jen Rinaldi, *Morgentaler and The Technological Production of Embodiment*, Shannon Stettner, Kristin Burnett and Travis Hay, *Abortion History, Politics, and Reproductive Justice after Morgentaler*, UBC Press, 197 (2017).

(134) カナダの文献では、権利を打ち出したものとして（すなわちフェミニストの勝利として）アメリカの Roe 判決が理想的に描写されることがある。これについては、Roe 判決自体が実際のところは医者⁽¹³⁴⁾の自由を確保したに過ぎないという Roe 判決の分析に基づく批判と、そもそも中絶問題において「権利」を持ち出したこと自体が解決不能な袋小路に入る契機であったというアメリカ国内での反省という二つの指摘が可能であるが、本稿では深く立ち入らない。ただし、本稿の引用している文献における「医療言説」という言葉遣いは、「権利言説 (rights-discourse/Rights-talk)」を意識した言葉であり、カナダにおいて殊更に中絶の「医療言説」が問題になるのは、隣国アメリカとの比較の意識によるところもあるように思われる。

(135) 医師集団そのものが持つ社会的権力や、「医療言説」としてフレームワークすることで医師の自由の問題になってしまうことを問題意識に据えていると思われる著作として、Gail Kellough, *Aborting Law An Exploration of the Politics of*

このような指摘の背景には、1988年以降のカナダ社会において、一部の保守的な州では、中絶への健康保険の適用が進まなかったことの原因をランドマーク的判決である Morgentaler 判決に求める向きがあるだろう。本稿の分析対象ではないため、詳述は今後の検討に委ねるが、簡単に1988年以降のカナダの中絶をめぐる動きを記しておく。1988年の Morgentaler 判決が再犯罪化の余地を残したことを受け、連邦議会は中絶の再犯罪化を試みる。C-43法案は、1人以上の医者が、中絶を行わなければ女性の生命・健康が脅かされると意見した場合を除いて、中絶を行った医者⁽¹³⁶⁾とそれを試みた女性は2年以内の懲役となるという内容であった。しかし、C-43法案は、1991年に上院で否決され、再犯罪化の試みは挫折する。以降、カナダでは中絶をめぐる刑法上の規制が存在せず⁽¹³⁷⁾、中絶はそのほかの医療行為と同じものとして扱われるようになった⁽¹³⁸⁾。比較的にリベラルな州では、

Motherhood and Medicine, UTP, (1996); Jane Brodie, Shelley A.M. Gavigan, Jane Jensen, *The Politics of Abortion*, OXFORD, (1992); Julia Thomson-Philbrook, *Doctor Knows Best: The Illusion of Reproductive Freedom in Canada*, Stephanie Paterson, Francesca Scala, and Marlene K. Sokolon, *FERTILE GROUND*, MQUP, 246 (2014); Rachael Johnstone, *Between Women and Her Doctor? The Medicalization of Abortion Politics in Canada*, Shannon Steener, Kristin Burnet, and Travis Hay, *Abortion: History, Politics, and reproductive Justice after Morgentaler*, UBC Press, 185 (2017). Morgentaler 判決について分析する際の基本的著作から、比較的近年の論文集に至るまで、カナダの中絶議論は「医療」と「中絶」の関係に問題意識を持っている。

(136) 2nd Session, 34th Parliament 38 Elizabeth 11, 1989, The House of Commons of Canada Bill C-43, An Act Respecting Abortion.

(137) 常に再犯罪化しようという動きは存在し、1987年から2021年までで47本の議員立法案や動議が提出され、すべて否決されている。Abortion Rights Coalition of Canada, *Anti-Choice Private Member Bills and Motions Introduced in Canada Since 1987*, <https://www.arcc-cdac.ca/presentations-anti-bills/> (Accessed 21/11/2023). 実際に刑法典から墮胎罪が削除されたのは、2019年である。

(138) 1868年憲法において、刑法の制定は連邦の権限(91条27項)、医療福祉については海員病院を除く、州における州のための病院、救護院、養育院及び慈善施設の設置、維持、及び管理は州の権限であるとの規定(92条7項)と健康保険に関する歴史的経緯から、州の権限であると考えられている。ただし、医薬品の認可は連邦が

1988年前後に既に中絶は健康保険の適用対象となっていたが、保守的な州では、美容整形手術等と同じものとして1991年以降も保険適用外とされた。さらに、保守的な州は、自身の医療福祉権限の下で、中絶クリニックの設置を認めないよう制度を変更し、それに違反して中絶手術を行った医師の医師免許をはく奪する法律を制定して、州内で中絶手術ができないよう州の権限内で法整備した。これに対し、当該規制は事実上の刑法権限の行使であり連邦の権限を侵害するものであるとして、違憲の判断をカナダ最高裁は下した⁽¹³⁹⁾。ただし、健康保険については各州の適切な権限行使の枠内であると判断された。したがって、司法主導による金銭的な中絶アクセスの保障は進まず、州ごとのパッチワーク状態が維持され、すべての州で公立/私立のクリニックを問わずに（薬剤による）中絶が健康保険の適用対象となるのは、2019年まで待たなくてはならなかった⁽¹⁴⁰⁾。

このように1990年代以降のカナダにおける中絶をめぐる議論は、権利論ではなく、政府間の権限配分の問題として争われ、それゆえに、「中絶」

行い、健康保険の資金も一部連邦が提供し、Canada Health Act で全国的な健康保険の基準も制定している。したがって、中絶をめぐる法と政治は、連邦と州の力関係の中でも揺れ動いている。このような財政分担、補助金を通じた複雑な仕組みは「アドホック連邦制」とも呼ばれ、その複雑さを中絶問題も免れていない。カナダの連邦制については、ジョン・セイウェル『カナダの政治と憲法〔改訂版〕』吉田善明訳（三省堂、1994年）94頁。岩崎美紀子『カナダ連邦制の政治分析—連邦補助金をめぐる諸問題』（御茶ノ水書房、1985年）参照。See. Howard Lesson, *Constitutional Jurisdiction over Health Care, The Governance of Health Care in Canada: The Romanow Papers, volume 3*, University of Toronto Press, 55-59 (2004).

(139) R. v. Morgentaler, [1993] 1 SCR 462.

(140) ニューブランズウィック州の私立クリニックにおける外科的中絶は、今も健康保険の適用外である。公立病院で行われた場合のみ、健康保険の対象である。

(141) そのような例として Morgentaler v. New Brunswick, (1994) 117 D.L.R. (4th) 753; Morgentaler v. Prince Edward Island, (1996) 139 D.L.R. (4th) 609が挙げられる。州の裁判所で争われた事例は、Morgentaler No.3判決とは異なり連邦と州の権限配分の問題ではなく、立法府が適切に当該権限を法によって行政府に授権しているかどうかという意味での権限が問題となった。いずれにしても、人権問題ではない形で、処理されている。

をいかなる性質の事柄とみなすかが決定的に重要であった。この現代の視点から振り返るに、Morgentaler 判決の控えめな姿勢は、権利論を正面から打ち出さず、医療の文脈内で中絶を位置づけたために、中絶を州の医療福祉権限の管轄とすることを容認した判決として否定的に評価される。しかしながら、1969年に医師らの主導で生み出された刑法規定を違憲と判断した同判決を、単純に医療の枠内で中絶を扱ったと片付けることは適当だろうか。手続的権利保障の「公正さ」を担保する機能から、医師の裁量を通じて予測可能性を失った制度を是正しようという問題意識がある本稿にとって、手続的な判例理論が、かかる制度を温存するのであれば、この検討は無意味になりかねない。筆者は、手続的権利保障が単に既存の制定法を遵守することであるという狭い意味で理解されがちであったからこそ、Morgentaler 判決はこのような評価を受けていると考えている。刑法251条4項が遵守されていないことだけを、Morgentaler 判決が問題としているのであれば、医師の裁量と慣習を擁護していると言えるだろう。しかし、憲法上の手続的権利保障の意義及び Morgentaler 判決の歴史的経緯を踏まえれば、むしろ中絶を医師の専断事項とみなし、医師集団の慣習を温存するような議論とは異なる理論が潜伏していると考えられる。また、「医療言説」を非難する議論は、「権利言説」を高く評価するが、必ずしも「権利言説」が問題の解決に望ましいわけではないという指摘もある⁽¹⁴²⁾。特に本稿の問題意識には、アメリカの Roe 判決をモデルとしつつ発展した「中絶の権利」を自己決定権に基礎づける見解への批判的検討を前提としている。仮に、Morgentaler 判決の批判者が言うように、同判決が「医療言説」の枠内に収まるものであったとしても、そこから得られる示唆は、「権利言説」の弱点を乗り越える可能性がある。そこで、カナダ憲章7条

(142) See. Mary Ann Glendon, Rights Talk- The Impoverishment of Political Discourse, Free Press, 58 (1991). こうした見方に対する反論として、Udo Werner, The Convergence of Abortion Regulation in Germany and the United States: A Critique to Glendon's Rights Talk Thesis, 18 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 571 (1996).

「基本的正義の原則」の意味を Morgentaler 判決に即して確認することを通じて、同判決が単に制定法の遵守のみを要求しているのかを検討したい。

2. Morgentaler 判決は制定法の遵守のみを求めているのか？

①「手続的」とはどういうことか？

Morgentaler 判決が既存の医療及び法制度を維持しているという批判は、当該判決の論理が手続的であることと結び付けられる。手続的論理は、既存の制定法上の手続を遵守することを求めるもので、同判決は刑法 251条を前提としているため医療言説の枠内にとどまると批判される。では、そもそも「手続的」とはどういうことか。Morgentaler 判決の Dickson 判事および Beetz 判事意見は「手続的」だと自称するが、その「手続的」の意味は必ずしも明確ではなく、その意味はアメリカの Roe 判決のような実体的デュープロセス理論に基づいて正面から「中絶の権利」を認めたわけではないという消極的定義に求められるかのように見える。この定義の混乱は、カナダ憲章 7条の構造と「基本的正義の原則」の語をめぐる混乱によってもたらされている。

まず、カナダ憲章 7条の構造から確認する。カナダ憲章 7条がいかなる権利を保障しているのかについては、「生命・自由・身体的安全性の権利」と「基本的正義の原則によらずに（本憲章上の）権利をなく奪されない権利」の二つの権利を保障しているという説と、「基本的正義の原則に沿わずに生命・自由・身体的安全性を侵害されない権利」という一つの権利を保障しているとする説がある。⁽¹⁴³⁾ 二つの説の差は、「生命・自由・身体的安全性の権利」に、日本でいうところの生存権を読み込むか否かといった論点⁽¹⁴⁴⁾で重要な違いを生む。通説は、一つの権利説であり、Morgentaler 判決

(143) *Supra* note 86 at 47-3.

(144) Martha Jackman, *The Protection of Welfare Rights under the Charter*, 20 OTTAWA L. REV. 266 (1988); Magot Young, *Section 7 and the Politics of Social*

も一つの権利説に従った解釈を展開している。一つの権利説を採用した場合、一応の「生命・自由・身体の安全性」の利益の侵害があって、それが基本的正義の原則違反か否かの審査が始まる。基本的正義の原則に反して生命・自由・身体の安全性の侵害があれば、7条違反とされる。

「基本的正義の原則 (the principles of fundamental justice)」は、カナダに独特の文言である。既に第二章第一節で確認したように、カナダ憲章7条は、財産 (Property) の語を採用せず、また Due Process の語を避けて、代わりに基本的正義の原則と規定しており、アメリカの実体的デュープロセス理論を避けることをテキスト上、強く意識している。このように憲法制定者は「基本的正義の原則」が手続に限定されることを望んでいたが、1985年の Reference re Section 94 (2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)⁽¹⁴⁵⁾ 判決 (MVA 照会事件判決) は「基本的正義の原則」は実体的な内容も含むと判示し、憲法制定者の意思からは逸脱していく。ただし、判例の傾向としてカナダ最高裁判所は、この規定に広い意味を読み込むことに対しては慎重な姿勢を取っていた⁽¹⁴⁶⁾。

Morgentaler 判決では、この7条が争点となった。本判決において、実体的審査の可能性を認めた MVA 照会事件判決は引き継がれているが、直後に手続を争点とした Singh⁽¹⁴⁷⁾ 判決を引用して「基本的正義の手続的基準を満たす」かどうかの調査で本件は十分であると述べる。この自己規定が、Morgentaler 判決が「手続的」と呼ばれる一因だろう。そして、続く「基本的正義の原則」の検討箇所では、「基本的正義の原則」の意味するところは「我々の法制度の基礎的な諸原理」であるとする MVA 照会事件判決が引用されている。その中身は、刑法上の免責を設けた以上はそれが

Justice, 38 U.B.C. L. REV. 541 (2005).

(145) Reference re Section 94 (2) of the Motor Vehicle Act (B.C.), [1985] 2 S.C.R. 486.

(146) 前掲注 (53) 松井269頁。

(147) Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 SCR 177.

(148) *Supra* note 46 at 53.

幻覚 (illusion) であってはいけない、文言が漠然であってはいけない、そして法制度の構造が「明らかに不公平 (manifestly unfair)⁽¹⁴⁹⁾」であってはいけない、というものである。したがって、Morgentaler 判決における「手続的」な審査は、刑事手続に限定される狭い手続的権利保障というよりもむしろ、英米法の伝統に根付いた手続的権利保障の背景にある「公正さ」の観念と結びつくような法原理が引き出されており、実体的なニュアンスがある。

Morgentaler 判決がいかなる意味で「手続的」であるのかが不明瞭であるのは、7条の審査が実体的な利益の侵害を契機として開始されることに加え、⁽¹⁵⁰⁾「基本的正義の原則」の意味が実体的なものを含むとした判決を引き継ぎつつ、あくまでも「手続的側面」について注目したという判決の構成、さらにそこで「手続的」として持ち出される法原則に実体的なニュアンスがあることからして、「手続的」の意味が混乱しているように見える。

確かに、7条の審査が開始されるためには、生命・自由・身体の安全性の利益の侵害が必要だが、そのことは実体的な権利を前提としていることを意味しない。Morgentaler 判決は、実体的な「中絶の権利」を、身体の安全性もしくは自由を根拠として認めたのではなく、国家が刑法の規定した制度を通じて、身体の安全性に影響を与えていることを契機に審査を始めているに過ぎない。Dickson 判事が、身体の安全性侵害について言及するパートは、「法は長い期間にわたって、人間の身体は他者による侵害から守られなければならないことを承認してきた⁽¹⁵¹⁾」と始めており、人の生命・自由・身体の安全性を侵害する権力が行使される場合には、権力の側は、それ相応にきちんとした手続を踏まえてはならない⁽¹⁵²⁾という極めてスタンダードな手続的権利保障の前提となる権力行使の性質を確認してい

(149) *Id.* at 72.

(150) 富井幸雄「カナダ憲法における基本的包括権—fundamental justice 原理の意味—」法学新報122 (7・8) 147頁 (2016)。

(151) *Supra* note 46 at 53.

(152) 奥平康弘『憲法 学習と実践のために』(弘文堂、1981年) 139頁。

る。そして、それが「基本的正義の原則」の手続的側面に反すると判断する箇所でも、手続的権利保障が法の一般原則と密接に結びついているために、そこから引き出された原則に従って判断を行っている。Morgentaler判決が依拠するMVA照会事件判決で示されたように「基本的正義の原則」は、自然的正義の意味に限定されないが、カナダ憲章8条～14条に保障されている手続的権利が、その解釈の指針となることに変わりはない。それらが、「人間の尊厳及び価値」そして「法の支配」への信念に根ざした法制度の不可欠の要素を示していると説明されるとき、⁽¹⁵³⁾ 翻って7条の「基本的正義の原則」は、手続的権利保障の側面からは、「非一法なるもの」の支配ではなく、一般的で明確性のある法が支配することで、不意打ち的な権力行使を防ぎ「公正」な法制度に貢献するという意味になる。

このような意味を持つ「基本的正義の原則」の下での「手続的」審査は、中絶と医療の関係を考えたときに、極めて大きな意義を持つ。

②手続的権利保障の持つ意義

Morgentaler判決で問題になっている刑法251条は、1969年に医師集団の意向を受けて制定され、医師が免責されるために設けられた251条4項の定める制定法上の手続は、医師集団の慣習を法に取り込んだものであった。この251条4項が「明らかに不公正」とされることは、⁽¹⁵⁴⁾ 医師らが作り上げた刑法上の制度を、手続的権利保障の担保する「公正さ」に⁽¹⁵⁵⁾ 照らして違憲と判断しているということである。憲法学者のLorraine Eisenstat

(153) *Supra* note 145 at 503.

(154) *Supra* note 46 at 72.

(155) なお、地域間での非常に大きなアクセスの差は、原告らはカナダ憲章15条平等に違反すると主張し、下級審は、憲法15条平等の問題として扱っていた (R. v. Morgentaler, Smoling and Scott, 22 DLR (4th) 641.)。しかし、カナダ最高裁の判決では、「基本的正義の原則」違反を問うなかで、地域間の大きな格差を扱い、それが法制度内在的に引き起こされたものであることを指摘して、基本的正義の原則に違反すると述べている。これは、手続的権利保障が「平等」とも結びついていることを示す一例であろう。

Weinribによれば、Morgentaler判決は、刑法251条が「競合する女性の権利と胎児の保護という支配的な主張の解決策ではなく、医師の裁量を中心化した中で中絶を行うという実質的な政策目標を具体化した規定である⁽¹⁵⁶⁾ということ⁽¹⁵⁶⁾を認識することなしに」理解することはできない。最初から、「女性の権利」か「胎児」かという比較衡量を念頭に置いて、Morgentaler判決を見た場合、同判決は正面から「中絶の権利」を打ち出さない控えめな判決であるように見える。しかし、実際は、いわばそうした「権利言説」に依拠するのではなく、刑法251条が医師集団の陳情に基づいて生み出され、運用もまた各地の医師集団に委ねられていることに鑑み、手続的権利保障の論理を用いてその制度を拒否したのがMorgentaler判決の多数派の意見であると考えられる。

たとえば、「基本的正義の原則」違反として、Dickson判事意見は、251条4項が要求する4人の医師による治療的中絶委員会は、そもそも十分な数の医師がいる病院に限られていること、基準を満たした病院も申請しなければ認可されないこと、治療的中絶委員会が曖昧かつそれぞれ異なる「健康」の基準を適用していること、地域によってアクセスに差があることを指摘する⁽¹⁵⁷⁾。刑法251条のこうした特徴は、元から秘密裡に中産階級以上向けに中絶を提供していた病院の体制はそのままに、宗教上の理由等で中絶を実施しない病院はその方針を変える必要なく、医師らの専門職としての裁量と優位さを保ったままに、訴追の恐れを免れるという意図を示している⁽¹⁵⁸⁾。「基本的正義の原則」の違反を通じて、そうした文言の不明確さや「明らかに不公平な構造」⁽¹⁵⁹⁾であることを違憲と判断し、拒否したのが同判決であった。

(156) Lorraine Eisenstat Weinrib, *The Morgentaler Judgement: Constitutional Rights, Legislative Intention, and Institutional Design*, 42 U. Toronto L. J. 24 (1992).

(157) *Supra* note 46 at 63-73.

(158) *Supra* note 13 at 72.

(159) *Supra* note 46 at 72.

③「医療—合法化パラダイム」をめぐる

以上のように、「基本的正義の原則」を通じた手続的な審査は、医師集団の意向によって作られた1969年の刑法改正による制度に対し、「公正さ」の観念と結びついた法の一般原則の観点から当該制度を「明らかに不公正⁽¹⁶⁰⁾」と判断するものであった。その意味で、医師の権威の正当化を法の側から支える「医療—合法化パラダイム」を批判するものであった。医師は刑法上の制度に組み込まれることで自身の権威化に成功したが、刑法上の制度である以上、国家権力の行使者として適正手続に縛られなければならない。医師集団の慣習によって公正さを欠くのであれば、それは憲法の観点からは是正される。「中絶の権利」を手続的に保障しようとする試みは、それが事実上の制度改革要請となり、言わば「裏口から権利を招き入れ⁽¹⁶¹⁾」ることにつながるとの指摘があるが、かかる指摘は、手続的アプローチが既存の医療慣行と結びついた制度を解体する効果ゆえだろう。Weinribも、「まだ学ばれていないMorgentaler判決の教訓は、国家は女性の自律と平等を他者の配慮の下に置いてはならないということである」と述べており、医師集団の影響下で生まれた刑法251条の制度を手続的に否定することは、女性の自律と平等を医師集団の恣意に委ねてはならないことを間接的には意味し、女性の自律と平等を保障することに資する。したがって、Morgentaler判決が「医療—合法化パラダイム」の枠内で下された判決に過ぎない、という批判は、それが医師の権威と慣行を維持したものに過ぎないという意味では、必ずしもあたらない。また、Dickson判事とBeetz判事は、1条審査を通じて議会による再犯罪化の余地を認めているように見えるが、合憲な制度の幅は明確ではない⁽¹⁶⁴⁾。特にDickson意見は、

(160) *Id.* at 72.

(161) Joanna N Erdman, Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights, *Reproductive Health Matters* 22 (44), 28 (2014).

(162) *Supra* note 156 at 25.

(163) *Supra* note 46 at 73-75, 122-127.

(164) どのような再立法が可能かをめぐって評釈は別れた。刑法251条4項とほぼ同

「遅れ」が引き起こす身体の安全性の侵害を重く見ており、なんらかの特別な手続きを設けることは困難なように思われる。この意味で、特定の中絶のみを合法化することは難しく、少なくとも Dickson 判事の意見は、手続的に「医療—合法化パラダイム」を否定したと読むことができる。

ただし、特定の中絶のみを合法化するという「医療—合法化パラダイム」の改革は、必ずしも中絶を医療の問題とみなさないことを意味しなかった。Morgentaler 判決への批判は、「医療—合法化パラダイム」批判と「医療言説」批判が入り混じっている。「医療—合法化パラダイム」は、特定の中絶のみを合法化する刑法と医療制度のハイブリッドから生み出されているが、中絶を医療の問題とみなす「医療言説」は、必ずしも刑法による規制を要求しない。そして、Morgentaler 判決はあくまでも事例に即した判断であり、カナダ憲章7条が刑法規定の制度を超えて何か特定の制度の在り方を要求するわけではないので、墮胎罪が違憲と判断されても、中絶は余程の技術革新がない限りは、医療に関連する事柄であり続ける。ましてや、「権利」が前面に打ち出されなかった以上、「医療言説」の枠内の中絶であり続ける。実際のところ、Morgentaler 判決後、結果的には、中絶は完全に医師と妊娠している人との間の問題とみなされるようになった。1867年憲法により、連邦政府は刑法制定の権限を有するが、医療福祉権限は州が有するので、中絶を医療問題とみなすことは、保守的な州政治に中絶問題をゆだねることを意味した。近年の Morgentaler 判決批判は、この点を問題にしており、この点がやはり Morgentaler 判決の限界であったと言えるだろう。

ただし、カナダにおいては「医療」の問題とすることで「中絶の権利」を無効化しようとする動きに対抗してきたという点にも留意したい。カナ

じ制度が可能であると論じるもの (Moir L. McConnell, *Even by Commonsense Morality: Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada*, 68 CAN. B. REV. 765 (1989).) から、再立法は不可能であるとの説 (Gwen C. Mathewson, *Security of the Person, Equality and Abortion in Canada*, 1989 U. Chi. Legal F. 251 (1989).) まで存在した。

ダは連邦制の国であるため、州と連邦がそれぞれ異なる権限を有する。カナダの場合、刑法規制は連邦の権限であるが、医療福祉は各州政府が権限を有する。⁽¹⁶⁵⁾ Morgentaler 判決は、結果的には中絶を「刑事法の問題としない」ことを意味する判決であり、医療の問題として州の権限の領域へと移動した。そして、1990年代以降、各州が医療福祉権限を利用して中絶アクセスを制限しようとした際には、州が「刑法的」に中絶を規制することは権限踰越であって許されないという論理で、中絶規制法に違憲の判断がくだされた。⁽¹⁶⁶⁾ この意味で、消極的ではあるが、中絶を医療問題として位置づけたことは最低限度の「中絶の権利」保障を可能としたと言えるだろう。

第二節 「中絶の権利」へのカナダ的アプローチ

1. 「医療化」に伴う問題点に応答するか

前節では、「基本的正義の原則」が Morgentaler 判決において果たしている役割を検討することを通じて、手続的権利保障による「公正さ」と結びついた法の一般原則が、「医療—合法化パラダイム」の解体に貢献していることを示した。一方で、手続的権利保障は「医療言説」の枠内にあるのであれば、生殖の「医療化」に伴って生じていた問題に対応できないのではないかという疑問が生じる。第一章で指摘したように、医療技術の発展による「胎児の可視化」は、妊娠した人の身体を（胎児の容器）とみなすような「胎児中心主義」をもたらし、中絶をめぐる言説の在り方にも影響を与える。また、妊娠した人は「患者」として受け身な地位に置かれる。手続的アプローチは、必ずしも「医療言説」を転換する訳ではないが、以上の問題点についてどう応答するのだろうか。

本節では、Morgentaler 判決で示された手続的アプローチの特徴が、「医療化」と「胎児の利益（権利）」をめぐる議論にどのように応答するかを検討する。

(165) 1868年憲法92条7項。前掲注(138)参照。

(166) *Supra* note 139 at 462.

2. 特徴①「中絶の権利」を明言しない

「医療化」は、中絶を医師の裁量の下に置くことで、妊娠した人は「患者」とされ、実際にその人自身が受ける侵襲やリスクよりも、医師集団の合理性や慣習が優先される契機を有していた。また、中絶の「医療化」を前提とし、結果的に「胎児を可視化」する技術によって、胎児が中心的に扱われた。手続的権利保障は、これら問題状況に対して、実体的権利を明言しないことの付随的効果の形で応答する。

手続的権利保障の特徴として、審査の入り口で権利を実体的に特定することを求められない⁽¹⁶⁷⁾。Morgentaler 判決では、手続的権利保障を採用したために、「中絶の権利」の有無について多数派の意見は明言していない。Morgentaler 判決では、「中絶の権利」なるものがあるかどうかはさておき、手続に内在的な「遅れ」が術式の変化や合併症リスクの増加を引き起こす点で、身体の安全性に影響を与えることが認められている。刑法251条4項の制度が、個人の身体の安全性に影響を及ぼすのであれば、それは手続的正義に適っていなければならないので、特定の行為を行う権利があるかどうかとは切り離して、審査が開始される。特定の憲法条文を根拠に「中絶の権利」が認められるかどうかの検討から始める実体的権利保障論とは、対照的である。

3. 特徴②害悪ベースの分析 (harm-based analysis)

このように、憲法が「中絶の権利」を保護しているか否かの検討から入らなかったことは、単に論争的な新しい権利の創出を避けるだけではなく、Morgentaler 判決に特徴的な分析スタイルを生み出すきっかけとなった。Chris Kaposy と Jocelyn Downie は「多数意見は、選択に基づく (choice-based) 分析ではなく、害悪に基づく (harm-based) の分析を使用⁽¹⁶⁸⁾した」と指摘する。「中絶の権利」を Wilson 判事意見のように自由に基

(167) Jerry L. Mashaw, Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory, 61 B. U. L. Rev. 888 (1981).

づいて正当化する場合、権利者の選択の自由をどの程度制限しているかが争点となるが、手続的アプローチを採用した二つの意見では、むしろ中絶の過程で具体的に経験する痛みや精神的・身体的リスクに焦点を当てて判断を行っている。

このような「害悪ベースの分析 (harm-based analysis)」を可能とした一要因として、「中絶の権利」を特定せずに、「身体の安全性」の侵害として議論を進めたことがある。Dickson 判事と Beetz 判事は、刑法251条4項内在的な「遅れ」が中絶技術の変更による身体的リスクの増加や待機時間による精神的苦痛を引き起こし、カナダ憲章7条の「自由」ではなく「身体の安全性」を侵害すると判示した。ここで「自由」ではなく「身体の安全性」に依拠したことについてフェミニスト法学者の Hester Lessard は「自由の利益ではなく身体の安全性に依拠することで、二人ずつの二つのグループの判事たちは、保護される権利の形と限界に身体的な確かさを与えている。それは女性の身体、身体的・感情的安全性と同心円状の広がりを持つものである⁽¹⁶⁹⁾」と評価する。また、判決文中で「優先順位と希望」に Dickson 判事は言及する⁽¹⁷⁰⁾が、それは女性が自身の優先順位をコントロールすることが可能であるべきだからではなく、女性の優先順位に介入することが彼女たちの身体に介入することであるからだ⁽¹⁷¹⁾と Lessard は指摘する。また、Jen Rinaldi は、アメリカ Roe 判決においては第14修正に詳細に書かれていない権利である幅広いプライバシーの権利を引き出して「中絶の権利」を擁護した一方で、カナダでは狭く身体的精神的害に対する防御を規定した「身体の安全性」を根拠として、具体的に適用されていると指摘する⁽¹⁷²⁾。つまり、妊娠を終了するか否かの決定といったレベルの抽象的

(168) Chris Kaposy & Jocelyn Downie, *Judicial Reasoning about Pregnancy and Choice*, 16 HEALTH L.J. 290 (2008).

(169) Hester Lessard, *Relationship, Particularity, and Change: Reflections on R. v. Morgentaler and Feminist Approaches to Liberty*, 36 McGill L. J. 267 (1991).

(170) *Supra* note 46 at 57.

(171) *Supra* note 169 at 268.

な「自由」ではなく、具体的な身体に起こりうる侵襲を評価しうる「身体の安全性」に依拠し、手続的にその侵害を認定したことで、Morgentaler 判決は妊娠している人の身体へと注目させる。「身体の安全性」に基づいて具体的な身体に着目したことで、妊娠週数の変化に伴う中絶技術の変化によるリスク増加という具体的で中絶経験の質に直結する事柄を「中絶の権利」の問題とした。前章で確認したように、あえてカナダ憲章7条に「財産」ではなく「身体の安全性」の文言を採用したのは、本稿二章第一節の3で紹介したようにカナダなりの判断があったためであるが、そうしたカナダの事情が、結果的に、害悪に注目し具体的な中絶経験に影響を与える事柄を権利侵害として論じる土壌を用意した。ただし、こうした特徴は、「身体の安全性」の実体的な特徴である。むしろ Morgentaler 判決の特徴は、かかる身体の安全性侵害を、手続的に認めた点にある。

4. 特徴③手続的権利保障の迅速さと中絶議論における時間の理論化

手続的権利保障は、迅速に判断を受けられることも要求する。手続的権利保障の典型は、裁判所の手続であるが、そうした裁判においては、いくら裁判所の判断を受けることができるとしても、速やかに審理を受けられなければ、事実上、判断を受ける機会を失ってしまう。したがって、手続的権利保障は、当該手続が迅速に行われることを要求する。中絶は、一定期間を過ぎれば、出産（もしくは流産）という帰結になるので、中絶できるか否かの判断は、速やかに行われなければならない。その意味で、手続的権利保障の要求する迅速さは、中絶制度を運営する上で重要な考慮要素である。そして、Morgentaler 判決では、刑法251条4項の免責制度に内在的な「遅れ」が、身体の安全性の侵害を引き起こし、かかる侵害は基本的正義の原則に違反すると判示している。7条審査の契機となる「身体の安全性」の侵害は、妊娠した人の意思に基づく中絶が制限されることなく、制度が引き起こす「遅れ」を中心として、手続的に認定されてい

る。

身体の安全性の侵害を制度内在的な「遅れ」が引き起こすという形で手続的に認定したことは、「害悪に基づく分析 (harm-based analysis)」という Morgentaler 判決の特徴を可能とする一つの要素となっている。「遅れ」に注目することは、中絶にとってきわめて重大な意味を持つ。なぜなら「遅れ」が身体的・精神的健康を損なうとする手続的な論理は、妊娠している人の中絶経験、つまり時間的に余裕がない中で決断を迫られ、その限られた時間の中で医療にアクセスできないことは身体的精神的リスクの増加に直結するという現実を判決の中に取り込むからである。

たとえば、前章で詳しく引用したように Dickson 判事は、当時のカナダにおいて初期中絶は D&C⁽¹⁷³⁾、中期は D&E⁽¹⁷⁴⁾、後期中絶では陣痛誘発剤プロスタグランジンや塩水を注射するサリン法⁽¹⁷⁵⁾が使用され、時間が経過するにつれて徐々に妊婦にとってのリスクが増大することを指摘している⁽¹⁷⁶⁾。Beetz 判事も同様に、「遅れ」によって中絶が妊娠後期になるにつれて変化⁽¹⁷⁷⁾する術式の違いについて具体的に言及する。具体的な手術方法・麻酔の

(173) Dilation and Curettage の略で拡張搔把術と日本では呼ばれる。拡張器具を用いて子宮口を開大しておいたところへ、胎盤鉗子を差し込んで子宮内容物をつまみ出し、最後にキュレットという匙状の器具で子宮内壁を手探りで搔き出す手法で妊娠初期に用いられる。中絶技術については、前掲注 (14) 塚原39頁参照。

(174) Dilation and Evacuation の略で吸引法や子宮内容除去術と呼ばれる。カーマン式カニューレを用いて電動もしくは手動で子宮内容物を吸引する。なお、Morgentaler 判決の下された1980年代後半の段階では比較的新しい技術であり D&C よりリスクが高いとされているが、現在では吸引法の方がリスクの少ない中絶技術である。前掲注 (14) 塚原43頁参照。

(175) 1970年代に製剤化されたプロスタグランジンによる中期中絶は、手術のタイミングが悪くと不完全中絶になり外科的処置が必要となり、排出が遅れがちとなる結果、女性の苦悩を長引かせ、医療費もかさむことで知られていた。プロスタグランジンは薬が多すぎると過強陣痛により子宮裂傷や子宮破裂を引き起こす恐れがあった。プロスタグランジン登場以前は、高濃度の塩水を注射するサリン法が用いられていた。前掲注 (14) 塚原262頁参照。

(176) *Supra* note 46 at 58.

(177) *Id.* at 101.

違いは、医学的に健康へのリスクが増大するだけでなく、妊娠している人の心理的な福祉に影響を与えることは中絶技術に関する研究でこれまで言及されてきたが、そのような違いが判決の中で意識されているように見える。Dickson 判事が精神的な苦痛を身体の安全性侵害として認定する過程では、すでに中絶することを決定した人物が何週間も待たされることの精神的苦痛に加えて、後期中絶は実際にお腹を痛めて「産む」必要があることを詳細に説明し、身体的にも精神的にもその負担は大きいことを強調している⁽¹⁷⁸⁾。このような時間の経過に伴う中絶技術ごとの負担の差を「身体の安全性侵害」とすることは、単に妊娠している人自身の身体への侵襲が行われなかったことに着目するのではなく、治療的中絶委員会制度が手続的に不公正な遅れを生じさせていることに着目したことによって可能となったと言えるだろう。

5. 特徴④胎児の後景化と手続的アプローチの「中立性」

手続的アプローチによる迅速さの保障は、妊娠した人の視点からの評価である。しばしば中絶議論において争点となる時間は、「胎動」「母体外生存可能時」など胎児に着目した時間の区切り方であったが、手続的アプローチは視点を、妊娠した人の経験する身体的精神的リスクへと転換している。したがって、手続的権利保障論において、胎児の存在は後景化する。

そもそも「中絶の権利」を特定せずに、国家の規定した制度がどの程度妊娠している人の身体の安全性を侵害しているか否かを審査することは、「女性対胎児」枠組みに囚われないことを意味する。「女性対胎児」枠組み

(178) 初期中絶と中期中絶を隔てているのは実際のところは妊娠週数そのものではなく、胎児の発達に従って変えざるを得ない中絶技術の変化であり、その技術の変化に応じて女性の身体的・精神的危険も大きく変化するため、初期中絶と中期中絶について同じ「中絶」という言葉を用いるのは誤解のもとであるという指摘もある。ポッツ・マルコム（池上千寿子・根岸悦子訳）『文化としての妊娠中絶』（勁草書房、1985年）145頁。

(179) *Supra* note 46 at 61.

は、単に議論が泥沼化するからではなく、生殖の医療化にともなう胎児の「可視化・人間化」⁽¹⁸⁰⁾が無批判に前提として受け入れられるために問題であった⁽¹⁸¹⁾。Morgentaler 判決の手続的アプローチは、国家が胎児の利益の擁護者となることで生じる「女性対胎児」の二項対立の解決もしくは妥協を焦点とするのではなく、権力を行使する国家と妊娠している人の対立を手続的権利の観点から検討する姿勢を前面に押し出している。それにより、胎児は後景化し、議論の中心にはいない⁽¹⁸²⁾。

このような胎児の後景化は、手続的アプローチの「中立性」という性質に起因すると考えられる。手続的アプローチが害悪(harm)の減少に焦点を当てていることは、既に指摘したが、そのように害悪やリスクに注目することは当該行為への道徳的・規範的判断を含まず⁽¹⁸³⁾、医療的な観点から妊娠している人にとってのリスクの減少に焦点が当てられる。ここでいう「中立性」は価値判断から自由あるいは無関係であることを意味するのではなく、妊娠した人の判断に対して道徳的に判断しない(non-judgement)という意味で中立的であり、したがって暗黙に妊娠した人の判断を尊重することが前提となっている。その前提のもとで、医師およびそれを規律する法は、医療の中で妊娠した人が経験する害悪(harm)のみを判断材料とする。以上のように心身に影響を与える国家作用であることに着目することで、妊娠した人にとっての「時間」経過とそれが引き起こす害悪に議論はフォーカスし、結果的に、胎児生命をめぐる道徳的論争への深入りを迂回しながら、事実上は「中絶の権利」を法的に扱うことを可能とする。

こうした手続的アプローチの中では、医師はあくまでも医学的リスクの

(180) 前掲注(14)塚原7-11頁。前掲注(14)荻野234頁。

(181) 「女性対胎児」枠組みについての批判としては、前掲注(32)森脇353頁を参照。

(182) 判決の中では、憲章1条についての検討の中で、議会が胎児の利益を考慮することができるかと述べている。

(183) See. Joanna N. Erdman, Access to Information on Safe Abortion: A Harm Reduction and Human Rights Approach, 34 Harv. J.L. & Gender 424 (2011).

みを判断し、妊娠した人の決断そのものについては判断しない（non-judgement）ので、医師は妊娠した人の判断そのものや振る舞いについて非難する立場ではありえない。「遅れ」を、中絶技術の変化に伴う具体的リスクとして中絶制度の中で評価し、胎児についての判断は留保したままにすると、医師はあくまでも医療的リスクの考慮者として制度の中に位置付けられる。「医療—合法化パラダイム」は、医師のみに合法的中絶の裁量を与えると同時に、医師のみが「正統」な存在であり、「墮胎屋」およびそこへ中絶を求める不道徳な人とは異なるというメッセージも発していた。⁽¹⁸⁴⁾この意味で、「医療—合法化パラダイム」における医師は、社会道徳の擁護者として、与えられた裁量を行使して、事実上、妊娠した人を「罰する」ことができた。しかし、手続的な論理において医師は、国家の設けた制度内で、妊娠した人へのリスクを最小限にして（刑法上、裁量として与えられた）権力を行使しなければならず、したがって医療的リスクのみを判断することが求められる。手続的権利保障は、胎児を後景化させ、医療化に伴う胎児の「可視化・人間化」の議論から距離を置く点で、「医療化」に伴う問題点を回避している。

第三節 小括

本章では、Morgentaler 判決の手続的権利保障論が、中絶規制の「医療—合法化パラダイム」といかなる関係に立ち、いかなる意味でそれを解体しているのかを明らかにした。また、手続的権利保障論は「医療—合法化パラダイム」に基づく医師の裁量に規律を加える者である一方で、中絶を医療の枠組みで捉えるままであるという難点があった。そこで、手続的権利保障の特徴が、「医療化」に伴う諸問題に対してどのような効果をもたらすのかについても検討を行った。

本稿が「医療—合法化パラダイム」や「医療化」にこだわってきた背景には、医療的な社会的権力が顕著に現れる場にこそ、構造的な女性差別の

(184) *Supra* note 13 at 76.

問題としての「中絶の権利」論の意義が凝縮されているという問題意識がある。そして、「自己決定」を不可能とするような構造から現実的に自己決定を可能にするために重要である手続的権利保障論が中絶の医療へのアクセスについて、いかなる意味を持つのかという課題が、本章では未だ検討されていない。最後に、この点について言及したい。

Morgentaler 判決において、「私たち(カナダ)の法制度への基本的信条」である「基本的正義の原則」から、「議会が刑事責任への防御を定めるとき、その防御は幻覚的(illusionary)であるか、事実上幻覚的となるほど獲得するのが不可能であってはならない」という原則を引き出す⁽¹⁸⁵⁾。刑法251条の定めた制度は、健康の定義の曖昧さ、病院に課せられる要件が厳格すぎて多くの病院がその要件を満たさないことにより、特に郊外・田舎の地域において事実上、その防御を得るのが不可能になっていると結論づける。

カナダの刑法251条のような「医療—合法化パラダイム」の中では、医師による判断を受けなければ「違法」な中絶となる。したがって、医師の判断を受けることができなければ、出産を強制されるか、「違法」な中絶をするしかない。裁判制度とのアナロジーで考えれば、最低限、判断者のところまでたどり着くという保障がなされるべきである。仮に「胎児の利益」といった考え方を持ち出して、実体的な「中絶の権利」がどこかのタイミングもしくは特定の理由の場合に制限されるとしても、その該当性を判断する者の場所までの保障が最低限なされなければ、適正手続の考え方に反する。妊娠した者は、自らの主張(中絶をしたいという意思)を聞かれることなく、出産か(違法な中絶という)罪を犯すかの二択を迫られる状況の下では、最低限、判断者の元までのたどり着ける手続的保障がなされるべきであるという考え方が、背景にあると言えるだろう。

そこで問題になるのは、この論理は健康保険など医療費が公費で負担されることも含むのだろうか。それとも、判決文が注意深く強調するよう

(185) *Supra* note 46 at 70.

に、あくまでも刑法の文脈に限定され、中絶制度が刑法上の制度でもあるときに限定されるのだろうか。判決直後の判例評釈では、「すべての多数意見は、『身体の安全性』という言葉はその中に中絶にアクセスする権利を伴っていることを示している⁽¹⁸⁶⁾」という意見も見られた。Morgentaler 判決は、「遅れ」から身体の安全性侵害を引き出し、それを引き起こす刑法 251条の制度を基本的正義の原則に反するとしているのであって、医療費が払えないために受診をためらうことによる「遅れ」をも考慮対象とするならば、理論的にはその射程は刑法上の制度内在的な遅れに留まらないはずである。

判決の中で明示されている射程は、刑法上の制度であり、刑法と離れたところで健康保険等の公費を用いてのアクセス保障をするという意味ではない。しかし、1980年代末当時、カナダの7条解釈においては手続的に「新しい財産権」を保障するという議論がなされていたことにも留意したい。⁽¹⁸⁷⁾「新しい財産権」とは、福祉受給権など従来は「財産権」の内容とされてこなかったが、現代においては生きていくのに欠かせないものを指す。「新しい財産権」論は、アメリカで Charles Reich が提唱し、一時は判例にも取り入れられた理論で、福祉受給権を特権として広範な政府の裁量に任せるのではなく、引き下げや撤回の際には手続的デュープロセスに適う必要があるとした。カナダは、憲法に財産権条項を持たないが、解釈により財産権を保障すべきかの議論は憲法制定直後から行われていた。カナダが財産権条項を持たない理由は、いわば大企業のような財産を持つ者の財産権が手厚く保障された結果、労働者や無産者への福祉政策が実行できなくなる事態を恐れてのことであり、無産者を利するような財産権の保護は憲法の制定者意思とも違背しない⁽¹⁹⁰⁾。そのうえ、「新しい財産権」論は

(186) David MacAlister, R. v. Morgentaler: Access to Abortion and Security 7 of the Charter, 7 CAN. J. FAM. L. 166 (1988).

(187) *Supra* note 87 at 6.

(188) Charles A. Reich, The New Property, 73 YALE L.J. 733 (1964).

(189) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

手続的デュープロセスに依拠しての議論であるから、7条の「基本的正義の原則」は、手続的デュープロセスに限定されるという文言及び憲法制定会議での見解にも反しない。したがって、「新しい財産権」論のような形で福祉受給権を保護することができるという議論が、まさにカナダ憲章7条をめぐる行われていた。このような7条論の中で、Morgentaler 判決は、実体的に福祉受給権を保障せずとも、金銭的なハードルを除去する可能性を秘めていた⁽¹⁹¹⁾。また、カナダは健康保険制度がその時点で充実していたので、Morgentaler 判決を経て刑法規制を免れた関わらず、基本的なヘルスケアである中絶を州の権限の下で意図的に除外する場合には、その根拠を手続的公正さの下で問うこともありえた。

しかし、判例理論の展開を先回りして言えば、結局 Morgentaler 判決を起点として金銭的アクセス保障が可能となることはなかった。Morgentaler 判決以後のカナダの中絶判例は社会保障分野での中絶アクセスの保障に後ろ向きで、カナダ全州で少なくとも中絶が州内で可能となるのは2016年まで待たなくてはならないし、薬剤による中絶が全州で健康保険の適用対象となるのは2019年のことである。歴史的な事実としては、Morgentaler 判決の秘めた可能性は、司法過程の中では開花しないまま終わった。

それでも、Morgentaler 判決がそのような理論的潜在力を有していたことは、手続的アプローチを評価する上で、医療とその受診のための資金の工面が重大なハードルとなりうる中絶の問題にとって重要である。特に自由を根拠とする実体的な「中絶の権利」論が、必ずしも十分にアクセスの

(190) See. Jean McBean, *The Implications of Entrenching Property Rights in Section 7 of the Charter of Rights*, 26 ALTA. L. REV. 548 (1988).

(191) なお、当時のカナダでの財産権を保障するための議論として「身体の安全性」に生きていくために必要な基本的ニーズを満たし、自身の生活を再生産するための福祉請求権が含まれるとの議論が存在した。実体的な議論であるが、「身体の安全性」を根拠としてこのような議論が展開する可能性もあった。See. *Supra* note 85 at 455.

保障を基礎づけられて来なかった点からしても、手続的権利保障として「中絶の権利」を支えるために、今後の検討課題としたい。

第四章 結び

第一節 「中絶の権利」への手続的アプローチが持つ意義と課題

1. 社会的権力たる医師集団へのアプローチ

本稿の問題意識は、中絶をめぐる諸問題は構造的な妊娠する身体の管理や女性差別に起因して生じており、中でも、社会的権力たる医師集団の権力を法が是認していることで生じうる問題に焦点を当て、それを憲法的に規律することにある。そこで手続的な論理に着目し、それを採用したカナダの Morgentaler 判決の分析を行った。

こうした問題状況に対して、手続的権利保障の持つ意義は、中絶制度に一般性、予測可能性、迅速さを要求することを通じて「公正」な中絶制度を支えることである。特に中絶においては「医療—合法化パラダイム」とも呼ばれる合法的な中絶を医師による中絶に限定する規制制度によって、医師が広範な裁量を有し、予測可能性がないことでより脆弱な立場にある人ほど中絶が困難となるといった不公正さを抱えていたが、手続的権利保障は、そうした制度に「公正さ」をもたらし、自己決定を可能とするための法制度的条件を整える。「医療—合法化パラダイム」を解体し、「中絶の権利」の行使を脇から支えることが「中絶の権利」論における手続的権利保障の最大の意義である。ただし手続的権利保障は、実体的な権利を打ち出さず、中絶を医療の問題とみなす「医療言説」の枠内に位置付け続ける。しかしながら、手続的権利保障の持つ実体的権利を打ち出さずに、具体的に発生する医療的リスクの増大を問う審査方法は、妊娠する身体そのものを中心に置くことで、「医療化」に伴う「胎児中心主義」とは異なる妊娠中絶観を提示する。手続的権利保障が中絶を受けるためのスキームの

適正さを問題にすることは、「関係性の権利」⁽¹⁹²⁾説とは異なる形で、しばしば中絶についての議論で持ち出される「女性対胎児」の枠組みではない議論の在り方をも示している。

このように手続的権利保障は、社会的権力の一つである医師集団の権力を法制度が是認するという状況に対し、一定の規律を加える。しかし、その他の社会的権力（文化的慣習・宗教的勢力など）に対し、決定的な効力を行使できるわけではない。Morgentaler 判決において、Beetz 判事は、胎児の利益を考慮するなんらかの法制度の可能性は是認している⁽¹⁹³⁾。結果的にカナダでは、1991年に再犯罪化に失敗したが、手続的権利保障は、中絶規制制度が合憲な範囲で公正であれば、再犯罪化することも可能である。中絶議論は、裁判所ではなく、議会にその場を移す。議会がどのように「社会」を反映する場であるとみなすかは、意見の分かれるところであろうが、少なくとも政治的に十分に代表されているか微妙な女性や妊娠する人の権利が、十分に擁護されるかはわからない。この点が、「中絶の権利」の手続的権利保障論の最大の課題であると言える。ただし、後述するように、見方を変えれば、実体的な権利論で対立を深刻化させるのではなく、議論を議会に委ねることで柔軟な解決を図る道を採用したとも言えるだろう。

2. 自己決定権論との距離

実体的な自己決定権と手続的権利保障は、その背景に個人の尊厳や自律があるという点で、密接に関連する。自己決定権が実体的権利である以上、その保障を脇から支えるという目的と道具の関係としても両者を捉えることは可能であるが、それだけにとどまらない。手続的権利保障には独自の価値⁽¹⁹⁴⁾があり、その価値のひとつとして個人の尊厳が指摘される⁽¹⁹⁵⁾。自

(192) 前掲注(36)参照。

(193) *Supra* note 46 at 111.

(194) 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993年）92頁。

己決定権と手続的権利保障のどちらも個人の尊厳に資するが、あくまでも両者は別物であり、手続的権利保障の価値は実体的な権利の保障という道具的価値に還元されるわけではない。

したがって、本稿の「中絶の権利」への手続的アプローチと呼べるような「中絶の権利」論も、目的や問題意識を自己決定権論と共有しつつ、自己決定権論と異なる議論である。また実体的権利を語っていないため、厳密には「中絶の権利」論と呼ぶよりは、中絶を国家が規制するに際して、手続的権利保障論が果たす役割を明確にしたものである。もっとも、日本国憲法31条についての議論に際しても、手続が実体を規律する側面があることは否定できず、その意味で自己決定を保護している点で関連していると言うことができるだろう。

このように手続的権利保障の観点から「中絶の権利」を議論する意義は、二つある。一つ目は、前述のように医師集団の持つ社会的権力を法的公正さに服せしめる点である。二点目は、生殖の医療化が進み、それに伴い国家も規制や給付といった禁止とは異なる形で生殖と関わらざるを得ないという現状に照らし、権利の非核心的な部分な領域を広く保障するには、手続的権利保障の果たす役割を欠かすことができないという点を挙げられる。本稿は、中絶に焦点を当てて論じたが、「中絶の権利」の保障は、様々な性と生殖に関する権利保障と合わせて行われなければならないことは言うまでもない。その指針を、国際人権論に求めるのであれば、たとえば、北京行動綱領に示された「リプロダクティブ・ライツ」は極めて広範な内容を有している⁽¹⁹⁶⁾、同綱領で示された「リプロダクティブ・ヘルス」の保護を前提としている⁽¹⁹⁷⁾。これらは、社会保障など様々な実定法を通じた

(195) 「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を保障していると憲法13条を解釈したうえで、その中に人格的自律権（自己決定権）とともに、適正手続を受ける権利が含まれると考えるものとして、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書店、1995年）444, 462頁以下。

(196) 北京行動綱領第IV章パラグラフ95。

(197) 北京行動綱領第IV章パラグラフ94。なお、谷口真由美『リプロダクティブ・ラ

給付や規制といった政策を通じて実現されるものであり、すべてを実体的な「自己決定権」の核心部分として論じることは困難であることが予想される。⁽¹⁹⁸⁾ 給付は一見して権利保障に資するようと思われるが、ともすれば制度設計や条件を通じて、個人の自律を害することもありうる。⁽¹⁹⁹⁾ 手続的権利保障は、実体的な自己決定権論では非核心的な部分にあたる事柄に関しても、国家権力の行使を条件づけることで規律し、各人の自律を保護することにつながる。今後、この点についてさらに研究を深める必要があるものの、生殖をめぐる法制度や政策が様々な進められている現状を鑑み、手続への着目の意義は小さくない。

このような意義を有する手続的権利保障論であるが、医療にアクセスするための金銭的ハードルの除去について、具体的な見通しがついていないという限界がある。Morgentaler 判決の論理は、制度が幻影ではなく「アクセスできること」を求めており、当時のカナダ憲章7条論と合わせて検討しても、アクセス保障のための理論は潜在しているように思われる。しかし、少なくともその後の判例では引き継がれていない。また、手続的アプローチが、積極的に規範的なメッセージを発するものではないので、実体的な権利論で論じられているような、自己決定のための条件整備という形で、積極的なアクセス保障を行う議論と接続するわけでもない。この点が限界であり、今後の課題である。

3. カナダ憲法としての特徴

本稿においては必ずしも強調して来なかったが、「中絶の権利」への手続的アプローチは、民主主義と司法審査をめぐる論点へのカナダなりの回答でもあった。実体的な権利を前提としない手続的権利保障論は、包括的基本権条項を根拠として新しい権利を司法府が生み出すことで生じる立法

イツトリプロダクティブ・ヘルス』(信山社、2007年)参照。

(198) 棟居快行『憲法学再論』(信山社、2001年)387頁参照。

(199) 前掲注(28)拙稿100頁参照。

府との軋轢を回避している。この点も、中絶が論争的な主題であることを鑑みれば、手続的アプローチの大きな意義であると言えるだろう。アメリカがRoe判決で実体的な「中絶の権利」を生み出し、その後、激しい政治的論争を呼ぶ中で、混乱を究めていった状況と対照的である。

ただし、カナダの特徴と言われている立法府と司法府の対話が実現したという訳ではない。カナダについては、司法府と立法府のコミュニケーション⁽²⁰⁰⁾によって憲法問題を解決する対話理論が注目される。手続的アプローチは、司法府による新しい権利を生み出さないという意味で、司法積極主義に歯止めをかけており、また、新たな制度の創出を立法府に委ね、控えめな判決を下したことで司法府が「対話」を試みているようにも見える。しかし、Morgentaler判決の場合、1991年に上院が再犯罪化に失敗した後、中絶は政治的に扱いにくい主題となり、いくつか議員立法案が出されることがあっても、まともに取り合うことは無くなってしまった。したがって、少なくとも連邦議会レベルでは、司法府との「対話」は失敗している。

一方で、各州レベルでは民主的過程の中では、時に訴訟を起こし司法過程にも頼りながら、しかし主に民主的過程が中心となって議論が進められた。この結果として、現在のカナダではほぼ全ての州で中絶が保険適用の対象である。勿論、このような州レベルでの権利保障の実現には、さまざまな背景があり、Morgentaler判決の論理のみにその理由を求めることはできないが、しばしば立ちかえられるカナダのランドマーク的な判決が同判決であったことは、カナダという国においては民主過程を通じて漸次的に「中絶の権利」を保障する回路を開いたと言えるだろう。以上のように、手続的アプローチは、「医療—合法化パラダイム」の解体を志向する

(200) 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54巻1号15頁(2007)、高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係」専修法学論集101号51頁(2007)参照。

(201) Jane Doe v. The Government of Manitoba, (2004) 248 D.L.R. (4th) 547

という中絶議論に固有の論点に応答するだけでなく、論争的な主題についての司法府の判断の一つの在り方を示したという点で意義がある。

第二節 残された課題

1. 実体的権利との関係

今後の課題としては、「中絶の権利」を実体的権利と手続的権利の両側面から検討し、両者の相互関係を掘り下げることである。本稿は、権利保障には実体的権利のみでは不十分であり、手続的権利保障も必要であると考え、カナダの判例分析を通じて、「中絶の権利」の手続的側面に光を当てた。しかし、その両者がどのように相互に関連するのかについて、十分に掘り下げるができなかった。手続的な「中絶の権利」の限界として、新たな制度を構築するための規範的指針を提供しないという難点を挙げたが、主観的な「中絶の権利」と客観法との関係を検討することで、「中絶の権利」保障の全体像を明らかにしたい。

このように実体的権利論と手続的権利論の相互関係を検討することは、「中絶の権利」論にこれまでとは異なる観点から議論を付け加えるに留まらず、「リプロダクティブ・ジャスティス」の観点から意義があると考えられる。「リプロダクティブ・ジャスティス」は、「産まない権利」だけでなく「産む権利」「育てる権利」のすべてが保障される必要があり、そのために「正義」と「公正さ」を求めるフェミニズム運動の一潮流である⁽²⁰²⁾。ここで「リプロダクティブ・ジャスティス」について詳述する紙幅は残されていないが、端的な説明である上記の定義を率直に受け止めるならば、手続的権利論という視点は、「リプロダクティブ・ジャスティス」論と憲法学を結ぶ可能性があると考えている。

鍵となるのは、「公正さ」というキーワードである。本稿でも手続的権利保障が、法の一般原則と結びつきながら「公正さ」を保障していることに注目してきた。「リプロダクティブ・ジャスティス」論における「公正

(202) *Supra* note 44 at 9.

さ」は、いわゆる「中絶の権利」が白人中産階級女性にのみ事実上保障されてきたことを非難し、社会的なマイノリティも含めすべての人が権利行使できることを求める運動論的なニュアンスがある。これに対して、手続的権利保障は、本稿で示したように一般性、予測可能性等を求めることで「公正」な制度を保障する。国家と権力行使を受ける側の関係を、できるだけフェアにしようという発想を背景とした法的意味での「公正」であるが、この法的な「公正」さは、生殖に関わる制度の文脈では、社会的マイノリティも含め当該制度にアクセスしやすくする意義がある、というのが本稿の分析が明らかにしたことである。したがって、「リプロダクティブ・ジャスティス」論の言う「公正」と、法的意味の「公正」は必ずしも一致するわけではないが、ここまで議論してきたような手続的権利保障が支える「公正」さは、リプロダクティブ・ジャスティス論の求める「公正」さに資する側面がある。「リプロダクティブ・ジャスティス」論は、「リプロダクティブ・ライツ」論を批判する形で登場した議論であり、「権利」だけでなく「正義」を求める潮流に、法的に応答しようとするとき、実体的権利論と手続的権利論の相互関係を分析することが求められるように思われる。

本稿が分析した「中絶の権利」論における手続的権利保障は、このように生殖をめぐる権利保障一般の文脈に置いたときに、さらにその意義を発揮する可能性を秘めている。これまで議論が積み重ねられてきた実体的な権利論と合わせて、手続的権利保障及びその両者の相互関係を検討することで、性と生殖に関わる権利論を広い視野に立って今後は、研究を進展させていきたい。

2. 平等の観点からの検討

本稿は、「中絶の権利」を問題の核心には、社会構造と結びついた差別があり、それが医師の裁量による予測不可能性といった形で顕現することに着目して議論を進めた。しかし、中絶や生殖をめぐる問題群にそのよう

な側面があるのであれば、平等の観点からも分析される必要があるだろう。既にそうした議論の蓄積が存在するが⁽²⁰³⁾、そうした諸議論と手続的権利保障の関係は検討されておらず、明確ではない。手続的権利保障の独自の価値には、平等も含まれていると考えられており、両者の関係の検討は無意味ではないはずだ。⁽²⁰⁴⁾

以上のように、本稿には課題が残されている。「中絶の権利」をめぐる諸問題は、少なからず社会的な差別や周縁化が関わっていることが感覚的には明確であるにも関わらず、法的に取り扱うのがなぜこれほどにまで困難なのか。自己決定権論に基礎づければ、「私事」とされ、社会構造に起因する課題は個人の選択と責任へと霧散してしまう。平等に照らして考えようとするれば、差異か平等かのジレンマに阻まれるか、妊娠を経験するのはすべての女性ではないという理屈によって、平等論の射程をすり抜ける。それに加えて、「胎児」をめぐる倫理的な議論もまた無視する訳にはいかない。一方で、現実の国家は、議論を置き去りにしながら、各人の生殖を法と医療で囲い込んでいる。このような状況の中で、本稿は、中絶制度の中で医師集団が行使する社会的権力と法の関係という糸口から、中絶をめぐる社会構造を法的に論じようとした一つの試みである。

(203) アメリカでの平等を根拠として中絶にアプローチすることを提案する日本語文献としては、高井裕之「関係性志向の権利論・序説(二)」民商法雑誌99巻4号466-481頁(1989)。アメリカの議論として代表的なものは、Cass R. Sunstein, *Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)*, 92 COLUM. L. REV. 32 (1992); Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. Rev. 375 (1985); Jack M. Balkin, *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision*, New York University Press (2005) etc.

(204) *Supra* note 167 at 901.