

○論説：州法に対する執行差止命令 テキサス州心臓鼓動法Texas Heartbeat Actはなぜ執行停止にならないのか

紙谷雅子*

はじめに

合衆国が分断されているというとき、アメリカ人が、まず、連想するのはアボーション（人工妊娠中絶手術）に関する対立ではないかと思われる。1973年のRoe v. Wade¹は、妊娠に関わるさまざまな利害対立を考慮した上で、最初の12週間については、妊娠した女性がどのように生きるのかという選択に対して、合衆国憲法が保障する自由と権利としてのプライバシー²の保護が及び、胎児が母体外で（医療技術を利用して潜在的に）生存可能viableになる（28週、後に24週）になると、州は胎児の生命の保護という非常に重要な利益に基づく、アボーションの全面的な禁止を含む規制が可能であるという妊娠期間の三分割枠組みtrimester frameworkという考え方に基づいて、利害の調整を図った。同日のDoe v. Bolton³はアボーションの利用を禁止し、実質的に不可能にするような規制⁴を

* 学習院大学法学部 教授

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

2 日本では正確に理解されていないが、合衆国における憲法上のプライバシーの法理は、私的な生活に関する人々の選択が公的な判断に優先することを憲法が保障するという意味において「憲法上の権利」であり、私人間の権利の衝突を調整する「不法行為法に基づく権利主張」ではない。正当な令状がなければ自宅などの搜索を警察ができないのも、所持品などを勝手に押収してはならないのも、盗聴が原則禁止されているのも、公的な機関の「矩を超えた」行動に対する憲法規範に基づく制約である。

3 Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

4 問題の州法は、妊娠が犯罪の結果であるか、（出産後の生存が疑われるような）非常に深刻な胎児の異常、母体に対する深刻で致命的になり得る傷害だけ、アボーションの要件として規定し、3人以上の医師と特別な委員会が、妊娠の継続が母体の健康に対する重大かつ永久的な障害をもたらすか、胎児が精神もしくは身体上の深刻で手当できない欠陥を持って生まれる蓋然性が高く、あるいは、妊娠自体が犯罪の結果であることを文書で承認することを求め、さらに、法の適用を受けるのは州の住人であることという居住要件も設けていた。

設けることはできないと判断した⁵。この結果、当時、1962年のアメリカ法律協会 American Law Institute (ALI) の模範法の公表にもかかわらず、5の州に依然として存在したアボーションをほぼ全面的に禁止する法律⁶は合衆国憲法に抵触し、効力を失うことになった。胎児の生存可能性を基準としてアボーションに対する制約を判断するという発想は、医療技術の進捗とともに憲法の保障する自由と権利が変動することを意味していたので、やがて、州の課す制約が（その時の医療技術などに照らして）アボーションを選択することに対する不当な負担 *undue burden* に該当するかの判断を、州議会に委ねるといった方向に変化した⁷。これに先立ち、妊娠した女性の選択という観点から、未成年の場合に親の同意⁸を、既婚者の場合に配偶者の同意⁹を求めるといった

5 興味深いことに、*Roe v. Wade*, *supra* note 1のJane RoeことNorma McCorveyも、*Doe v. Bolton*, *supra* note 3のMary DoeことSandra Canoも、21世紀になってから当該事件の結果を覆すための訴訟を開始しているが、裁判所により訴えは退けられている。McCorveyは、経済的理由からアボーション反対運動に関わるようになったと亡くなる直前に述べたが、Canoは一貫してアボーション反対の立場を亡くなるまで維持したようである。

6 リプロダクティヴ・ヘルスと権利に関して積極的な政策提言をおこなっているGuttmacher InstituteのPolicy Review (GPR)の調査に基づく。See, Rachel Benson Gold, *Lessons from Before Roe: Will Past Be Prologue?*, 6 GPR 8, 9 (March 2003).

7 See, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). 問題の州法は、1) アボーションを受けるならば、少なくとも24時間前に、アボーションがもたらし得る母体に対する健康上の危険や胎児に関する情報を提供した上で、その内容を理解したことを示す同意 *informed consent* をすること、2) 配偶者に対して、事前にアボーションを受けることの告知をしたという署名をした書面を提出すること、3) 未成年者の場合には、少なくとも一方の親又は後見人に適切な情報を提供した上で同意を得ること、4) 母体の病状から直ちに手術を実施しないと死亡の危険があるか、手術の遅延が相当かつ回復不能な身体機能への損傷をもたらすという医師の誠実な医療上の判断に基づいていること、そして、5) 人工妊娠中絶手術を提供する施設に対する報告及び記録保全義務を課すというものであった。

なお、*City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983)では、13週以降の手術を病院で行うこと、15歳未満の未成年に対して一方の親の同意を得ること、妊娠の状態だけでなく、養子斡旋機関や出産に対する支援情報を提供すること、同意後24時間の待機期間を規定したこと、そして、手術後の胎児の処理について人道的な配慮を求めることが無効とされたが、この時、初めて妊娠期間全体に及ぶ「不当な負担」のテストが（反対意見によって）提案されている。なお、厳格審査に変わり得る基準として、適切な情報を得た上での同意能力があると判断された未成年に対する「不当な負担 *undue burdens*」*Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132, 147 (1976)や妊娠を継続するかどうかの選択の自由に対する「不当な負担となる干渉 *unduly burdensome interference*」*Maier v. Roe*, 432 U.S. 464, 474 (1977)が1970年代から登場していた。

8 *Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132, 147 (1976).

9 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 70-71, n. 11 (1976)

制約は否定されている。不当な負担に着目しているとしても、アボーションは、あくまで、女性の選択は権利であるという構成は維持された。

そこで、アボーションに対する州の規制の検討は、女性の憲法上の権利や自由と、まだ生まれていないが、生存可能と判断され得る胎児fetus¹⁰の生命とが対立する場面として比較衡量の対象となりそうである。が、アボーションに反対する人々は、例えば生命は受胎から始まるので胚子embryoの段階であつてもアボーションは殺人であると主張しており、妥協の余地はないという。本稿で取り上げるTexas州の「心臓鼓動法案Heartbeat Bill」は、アボーション禁止は「生命の問題」であり、妥協の余地はないという立場からの、合衆国最高裁判所が認めた憲法上の権利を無視するのも厭わないという立法である。

1. Texas州法S.B. 8.

「心臓鼓動法案Heartbeat Bill（通称 S. B. 8）」は、2021年3月11日にTexas州の上院にSenate Bill 8として、翌12日に下院ではHouse Bill 1515として提出され、共和党が支配する両院を通過し、2021年5月19日の共和党州知事の署名を受けて、2021年9月1日に発効した。

S. B. 8は、(1) 胎児の心臓の鼓動の存在は「まだ生まれていない子ども unborn child」が死産とならずに出生するであろうという医学上の指標である、(2) 通常、胎嚢内で胎児の心臓が形成された段階で心臓の活動が開始される、(3) 州には妊娠の最初の段階から、母体の健康とまだ生まれていない子どもの生命を保護するという非常に重要な利益がある、(4) 妊娠したならば適切な情報に基づいた選択をするため、女性には、心臓の活動の有無を通じて、まだ生まれていない子どもが無事出産に至る蓋然性を理解するという非常に重要な利益があることを、この法律の目的であると認定した (§ 171.202¹¹) 上で、

10 受胎後8週間以内の場合には胚子embryo、受胎後9週間で以降の場合は胎児fetusと分類する。生存可能性があるのは (trimester frameworkに従えば、受胎28週間以降の) 胎児となる。

11 Texas Health & Safety Code Chapter 171, Subchapter Hに該当。以下、§ 171.20Xと表記する。

立法として非常にドラスティックな手段を採用した。すなわち、胎児の心臓の動きが超音波検査で察知できる時点¹²以降にアボーションを行った者、人工的な妊娠の中断を促した者、協力した者（クリニックに行く便宜を提供したタクシーの運転手や保険の対象となる医療費の払い戻し請求に応じた保険会社なども対象に想定されている）を、誰¹³でも原告として州の裁判所に訴え、被告がアボーションに関わることを違法と判断するよう求めるだけでなく、原告には、少なくとも1万ドル以上の法定の賠償金の支払いが認められ得る（§ 171.208）。これは、妊娠を継続するかどうかは第14修正デュー・プロセス条項に規定されている憲法上の権利であると判断し、そのような判断の実行を禁止する州の権限を否定した1973年のRoe v. Wade¹⁴、さらに、州の規定するさまざまな制約が人工妊娠中絶手術を選択する際に不当な負担となつてはならないと判断した1992年のPlanned Parenthood v. Casey¹⁵に対する挑戦であると、女性の選択を憲法上の権利と自由として重視する立場から批判されている。

S.B.8の条文を見ると、胎児の心臓の鼓動が超音波検査で察知できることを根拠に（§ 171.201（1） and（3））、胎児が母体外で生存可能になる前であつて

12 通常は、最後の生理期間終了後6週間ごろから、妊娠したならば胎児の鼓動は察知可能になると考えられている。

13 例外はある：アボーション患者を、強姦、性的暴行、近親姦、その他刑法で禁止された行為によって妊娠させた者は、この法律の規定する民事訴訟を提起することはできない（§ 171.208(j)）。

2021年9月1日、合衆国最高裁判所はアボーション・クリニックなどによるS.B.8の執行停止の申立を否認した。Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21A24, 141 S. Ct. 2494 (2021)。

2021年9月22日のABC Newsによれば、法曹資格を喪失した州外の弁護士2人が、2021年9月20日、S.B.8に基づく民事訴訟を開始したという。ひとりArizona州のOscar Stilley、もうひとりIllinois州のFelipe N. Gomezで、ふたりともS.B.8の執行が認められた後の9月6日に患者に対する義務としてアボーションを行なつたと公表したSan AntonioのDr. Alan Braidを被告としている。アボーションの問題とも、当事者とも、実際のアボーションとも、Texas州とも、全く関係はないふたりが原告となっている。Gomezは女性の選択権の保障を肯定しており、S.B.8の無効宣言が目的で、報奨金目当てであるといわれなため、法定賠償金を請求していない。仮にこれらの訴訟でDr. Braidが勝訴しても（その蓋然性はかなり高いというのが法律家一般の反応のようである）、法律の執行が停止されない限り、他の人々が「原告」として次々と民事訴訟が開始されることへの抑止とはならないと考えられている。

14 Roe v. Wade, *supra* note 1.

15 Planned Parenthood v. Casey, *supra* note 7.

も心臓の鼓動を察知できるならば、まだ生まれていないとしてもいずれはかなり高い確率で生まれてくる子どもであると、医師に対してアボーションを禁止し（§ 171.204 (a)）、心臓の鼓動を察知できる前であっても、この法律はアボーションの権利を認めるものではない（§ 171.206 (a)）と釘を刺している。母体に対する医療的緊急処置（§ 171.205 (a)）以外の例外を認めていない¹⁶ことから、犯罪の結果などといった相当の理由がある場合にもアボーションという選択は否定されており、アボーションをほぼ一律に禁止したに等しい。この法律に違反するアボーションの措置を受けた、受けるよう説得された、あるいはそのような企ての対象となった女性を訴える¹⁷権限を与えるものではないという規定（§ 171.206 (b) (1)）からは、自分の人生を選択するのではなく、誰かに惑わされてアボーションを受けることになった（唾棄すべき「違法な」行為の被害者という立場に立たされた）女性像が浮かんでくる。あるいは、妊婦を母体の健康と安全という観点からしか把握していないように見える。この法律は妊婦を、胎児を出産期まで収容する器であるかのように取り扱ってはいないだろうか。

S.B.8の特徴のひとつに、同法違反に対する州による公的な法律施行の制限がある。誰でも訴えることができるという規定（§ 171.208）は、州、地方自治体、地区やカウンティの検察官、州や地方公共団体の行政官・公務員を除外する（§ 171.207 (a)、§ 171.208 (a)）が、州が責任追求をしないことはア

16 S.B.8に提示されている妊娠した女性がアボーションを承諾する際に署名すべき書面（のサンプル）を見ると、既に警察に報告した性的暴行、その他州刑事法上の犯罪の結果の妊娠であるか、報復を恐れて報告していない性的暴行、その他州刑事法上の犯罪の結果の妊娠である、未成年として司法手続に従ってアボーションが認められたか、まだ生まれていない子どもが回復不能な医学上の状況などがあることが医療記録から明らかであることなどが、超音波イメージや心臓の鼓動を聴き、詳細な説明を受けなくても良い条件とされていることから、実際には、犯罪の結果などについて、例外的な取り扱いがあり得るように見える。Texas Health & Safety Code Chapter 171, Subchapter A, ch. 171.012(a)参照。

17 § 171.206(b)(1)は、initiation of a cause of action against or the prosecution ofと規定しているところから、民事責任だけでなく、刑事責任の追及をも想定しているように見えるが、実際には、アボーションを実施・幫助・教唆した人々に対する民事責任追求を規定している。なお、Texas州では患者の安全という観点から医事審査会Medical Boardが医療関係者の免許管理をしていることからS.B.8を含む規律違反は審査会に付託される。

ポーシオンを合法化するものでもなく（§ 171.207 (b) (1)）、私人による救済可能性を制限するものでもなく（§ 171.207 (b) (2)）、まして、アポーシオンを禁止し、規制する他の法律の施行を制限することにもならない（§ 171.207 (b) (3)）と念を押している。すなわち、これはTexas州内でのアポーシオンの実施を実質的に不可能にする仕組みを州法として構築する企てであり、同時に、州の公務員が法の執行に関わらないことで、執行に伴う責任追求から州を遮断することも目論んでいる。

既に指摘したように、S.B.8の最大の特徴は、アポーシオンを実行した人、幫助や教唆した人、そのような意図を持っている人に対する訴権を、排他的に、州の公務員以外に授与する規定（§ 171.208 (a)）である。原告が勝訴したならば、同法違反の差止injunctive relief（§ 171.208 (b) (1)）、少なくとも1万ドル以上の法定の賠償金statutory damages（§ 171.208 (b) (2)）と裁判費用と弁護士報酬（§ 171.208 (b) (3)）を請求できる。もっとも、同一のアポーシオンに対して既に (b) (2) を全額支払ったことを被告が立証したならば、原告の請求が認められないこともある（§ 171.208 (c)）。出訴期限は4年（§ 171.208 (d)）。訴訟手続において、被告は、法の無知や錯誤、S.B.8の違憲性、上級裁判所で覆された司法判断、厳格な拘束力のない裁判所の判断、当事者間の合意のない争点排除、「まだ生まれていない子ども」の母親のアポーシオン同意、第3者の憲法上の権利侵害を抗弁として主張できない（§ 171.208 (e) (1) - (7)）が、合理的な調査の結果、アポーシオンを実施する医師が当該法律を遵守した、している、するであろうと信じる合理的な根拠があることは被告にとって証拠の優越によって立証可能な違法性阻却事由である（§ 171.208 (f)）。合衆国憲法と州憲法の保護する言論と行為の法的責任を問うことはない（§ 171.208 (g)）ので、アポーシオンの唱道は制限を受けない。州と州の公務員などは訴訟に参加してはならないが、訴訟において第3者の立場からアミーカス書面amicus briefsを提出することは妨げない（§ 171.208 (h)）。裁判所は被告に裁判費用も弁護士報酬も認めない（§ 171.208 (i)）。被告には、限定された例外を除くと、アポーシオンを求める女性の権利を主張する適格性はなく（§ 171.209 (a)）、違法性阻却事由を主張することもできず（§

171.209 (b))、不当な負担であると認定されることは非常に難しい (§ 171.209 (c)) が、被告個人の憲法上の権利行使であるならば、原告に救済が認められることはない (§ 171.209 (f)) とあることから、被告が訴えに反論するのは容易ではなさそう……。そして、さまざまな州法の規定に優位し (§ 171.210 (a))、州の主権免責、公的な機関と公務員の公的免責 (§ 171.20 (b)) は、明示的に放棄されない限り、放棄と解釈されてはならない (§ 171.210 (c)) という。州をこの法律の責任から遮断するというその意図に照らすと、細部までよくできた法律である。

多くの人が生理開始の遅れから妊娠に気がつき、確実に妊娠したことを確認するのは最後の生理期間終了後6週間以上経ってからなので、S.B.8が執行された2021年9月1日以降、Texas州では、妊娠に気がついたときにアボーションはもはや現実的な選択肢として存在しないと考えられる。さらに、念を入れるように、医師などクリニック関係者などには妊婦に対して何らかの処置をする前に心臓の鼓動がないと確認し、記録することを義務づけて (§ 171.203 (a)) いる。故意だけでなく、過失でもアボーションはあり得ないと、非常に用意周到である。

2. Texas州に限らず、共和党が優勢な州議会は、S. B. 8のような、非常に初期の妊娠においてもアボーションに関する選択の余地を否定する法律を次々と制定している¹⁸。Roe v. Wade¹⁹をアボーションに関する法律を確立した先例

18 2021年合衆国最高裁判所開廷期でも、2021年12月1日に、2018年に制定された（胎児が母体外で生存可能になる前の最後の生理期間から15週後の、人工妊娠中絶手術を全て禁止する）Mississippi州法の合憲性、更にはRoe v. Wade, *supra* note 1やPlanned Parenthood v. Casey, *supra* note 7を（現在の合衆国最高裁判所が）覆すかどうかを争うDobbs v. Jackson Women's Health Organization, No. 19-1392の口頭弁論が控えている。2019年開廷期には、人工妊娠中絶手術を行う医師の資格要件として、近隣の病院との間に自らの患者を入院させることができる取決めadmitting privilegesを要求したLouisiana州法が違憲と判断されている。June Medical Services LLC v. Russo, 140 S. Ct. 2103 (2020)。

また、Roe v. Wade, *supra* note 1が覆される可能性に備え、人工妊娠中絶手術を全面的に禁止する人の生命保護に関する法律Human Life Protection Act, H. B. 1280も、S. B. 8と同時に成立したと報告されている。Texas州議会下院議員Hugh D. Shineの『州都からの報告The Capitol Ledger vol. 3 issue 6』参照。

19 Roe v. Wade, *supra* note 1.

として尊重し、どのような段階であれ、アボーションを無闇に禁止し、出産に関する選択を否定する州法は合衆国最高裁判所の先例に抵触するという立場から、多くの連邦の裁判所は、選択を制限し、不当な負担となる条件を設ける州の権限を否定している²⁰。これに対して、S. B. 8は、連邦の裁判所に合衆国憲法に根拠をおくプライヴァシーを根拠とした「心臓鼓動法は違憲」という判断をさせないための州議会の工夫の一例で、アボーションを極めて困難にする州法の執行を完全に私人の「賞金稼ぎbounty hunters」に委ねることで、実際の訴訟が提起されるまでは差止命令の名宛人に該当する存在がおらず、裁判所による州法執行の事前停止を求める差止命令を実質不可能にしたところにこの法律の最大の特徴がある。

3. 最初の訴訟Whole Woman's Health v. Jacksonは、アボーション・クリニック関係者などが、S. B. 8に基づく訴えを受理するであろう州裁判所の書記官と法律を適用する州裁判所の裁判官などに対して、2021年7月13日に連邦地方裁判所（W.D. Tex.）に提訴した暫定的な州法執行停止の申立てである。被告の「訴え却下」の動議が8月25日に退けられ²¹、暫定的な州法の執行停止という原告の主張が認められた。が、連邦控訴裁判所（5th Cir.）は8月27日、地方裁判所で予定されていた審理を中断させ²²、緊急上訴の申立却下を求める動議を退けた²³。原告は8月30日に、第5巡回区を管轄する合衆国最高裁判所のAlito J.に対して州法執行停止を求める緊急上訴を申し立てたところ、9人の裁判官

20 心臓の鼓動法案にかぎっても、2013年のNorth Dakota州法が2015年に違憲と判断されたMKB Management Corp. v. Stenehjem, 795 F. 3d 768 (8th Cir. 2015), cert. denied Stenehjem v. MKB management Copr., 136 S. Ct. 981 (2016)にも関わらず、Alabama, Arkansas, Georgia, Idaho（他の州法を裁判所が是認したならば発効するという但し書きがあるという）、Iowa, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Ohio, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texasの15州で法案提案があり、そのほとんどの場合において法律が成立したが、いずれも、Roe v. Wade, *supra* note 1; Planned Parenthood v. Casey, *supra* note 7は覆されていないとの理由で違憲と判断されている。発効しているのはTexasのS. B. 8だけである。

21 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 1:21-CV-616-RP, 2021 U.S. Dist. LEXIS 163815 (W.D. Tex. filed Aug. 25, 2021).

22 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-50792, 2021 U.S. App. LEXIS 26836 (5th Cir. Aug. 27, 2021).

23 Ibid.

の合議で判断されることになった。合衆国最高裁判所は、州法が発効してから24時間近く経った9月1日夜、州法の差止（執行停止）、または、連邦地方裁判所の審議中断破棄を求める緊急申立に対して、申立人には、本案で勝訴する蓋然性が高く、申立が認められなければ回復不能な損害を被り、申立認容が公平の観点から望ましく、しかも公共の利益に合致するという立証責任があると述べたが、前提となる手続上の新規で複雑な争点に関し、1) 差止の対象が個人の行為ではなく、州法であること、2) 当裁判所が、州裁判所の裁判官に対して州法に基づく訴訟に関する差止ができるのか疑問であること、3) 唯一の私人である被告のひとは州法を利用した訴えはしないを否認していることから、立証が不十分であると判断し²⁴、*per curiam*との表記もない、1パラグラフの判断を公表した²⁵。判断自体は、州法の内容の是非や、約半世紀の間、一方においては女性の選択の権利を、他方においては裁判所の独善を象徴した合衆国憲法の実体的デュー・プロセスの問題には全く踏み込まなかったが、多くの人は、法律家たちと異なり、合衆国最高裁判所が一定の政治的判断をしたと受け止め、最高裁判所の裁判官たちの何人かはそのような言説に対する「火消し」に躍起となった²⁶。

24 *Whole Woman's Health v. Jackson*, 141 S. Ct. 2494 (Sept. 1, 2021).

25 この判断には、Roberts C.J., Breyer, Sotomayor, Kagan JJ.の4つの反対意見 (Roberts C.J. 141 S. Ct. at 2496, Breyer J. at 2496, Sotomayor J. at 2498, Kagan J. at 2500.) があり、しかも、BreyerとKagan JJ.はどの反対意見にも同調しているが、Roberts C.J.は他のどの反対意見にも同調せず、Sotomayor J.はRoberts C.J.の反対意見に同調していない。Roberts C.J.とSotomayor J. (そして、おそらくはBreyer, Kagan JJ.) との共通点は、1) 州法の執行を私人に委ね、州が責任を回避していることの指摘と、2) 法律執行に先立って、連邦の裁判所がそれぞれの段階で審理し、検討することは可能であり、望ましいという認識であり、その相違点は、Roberts C.J.が、これは緊急の執行停止申立に対する判断であり、検討のための十分な時間も情報もないことから現状を保全して検討すべきであるが、州法の仕組みとして、既存の理論では司法審査が及ばないかもしれず、この法律に対する判断によっては他の憲法上の権利の実効性を脅かす波及効果が懸念されると手続に関して述べたが、本案の争点には言及しなかった。これに対し、Sotomayor J.は本案に踏み込んで、S. B. 8は違憲と指摘し、連邦控訴裁判所の連邦地方裁判所の審理を中断させる判断が十分な審理を妨げていると断じた。

26 さまざまなニュース情報によれば、9月12日、Barrett J.は合衆国最高裁判所の裁判官は党派的判断で動いているわけではないと、17日、Thomas J.は合衆国最高裁判所は政治的機関ではない、政治的問題にはかかわらないと、21日、Gorsuch J.は裁判官たちが任命した大統領の政治的見解を反映していることはない、30日、Alito J.は裁判官は党派的でも政治的でもなく、合衆国最高裁判所が（人々を裏切る）危険な秘密結社ということはないと、それぞれ、力説したようである。

連邦控訴裁判所は9月1日の合衆国最高裁判所の判断を受け、9月10日に、州の裁判官や書記官、その他の州の公務員は被告として適格性を欠くが、私人についてはさらに検討が必要であると判断した²⁷ところ、原告は再び、現在係属している裁判所の判決が下される前の裁量上訴手続を申請し、迅速な審理の対象として合衆国最高裁判所に受理された²⁸。

2021年10月、合衆国最高裁判所は、当事者が書面を提出し、口頭弁論を経ることなく、言い換えると、論点について十分な検討もなく、人々の知らないうちに重大な争点について判断しているという「影の事件簿shadow docket」批判を意識してと思われるが、合衆国がS. B. 8を違憲と主張してTexas州を訴えたUnited States v. Texasと一緒に2021年11月1日に口頭弁論を行うことを決定し、それぞれの当事者に対して、書面を提出するよう命じた²⁹が、S. B. 8の執行は停止しなかった。

時系列的には多少前後するが、合衆国司法長官は2021年9月6日、Texas州法の執行を差し止めなかった上記9月1日の合衆国最高裁判所の判断³⁰を受け、州内で人工妊娠中絶手術を受けることを希望するならば、連邦法、すなわち、クリニックの入り口へのアクセスを保障する連邦法Freedom of Access to Clinic Entrances Act of 1994, FACE Act³¹を援用し、クリニックなどが攻撃を受けたならば保護すると宣言した³²。司法省は、9月9日に連邦地方裁判所にS. B. 8は明らかに違憲であると、宣言判決と執行停止命令を求めて州を訴え³³、9月14日には暫定的差止を求める緊急申立をし、州は当事者適格に問題があると訴えの却下を求めた。連邦地方裁判所は、10月6日、合衆国には当事者適格があると判

27 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-50792, 13 F. 4d 434 (5th Cir. Sept. 10, 2021). この時点では、連邦控訴裁判所での口頭弁論は12月に予定されていたようである。

28 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-463, 142 S. Ct. 415 (Oct. 18, 2021).

29 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21A85 (21-588), 142 S. Ct. 415 (Oct. 22, 2021); 142 S. Ct. 416 (Oct. 26, 2021).

30 *Supra* note 24.

31 FACE Act, Pub. L. 103- 259, 108 Stat. 694, 18 § 248.

32 Statement from Attorney General Merrick B. Garland Regarding Texas SB8, Press Release No. 21-837, dated Sept. 6, 2021.

33 Justice Department Sues Texas Over Senate Bill 8, Press Release No. 21-847, dated Sept. 9, 2021.

断した³⁴が、10月8日、連邦控訴裁判所は連邦地方裁判所の命令の効力を緊急申立審理の間、停止すると宣言³⁵し、10月14日、Whole Woman's Health v. Jackson³⁶で述べた理由に基づくと州の申立を認め、Whole Woman's Health v. Jacksonと同時に審理すると述べた³⁷。18日に司法長官代行が州法は実質的に人工妊娠中絶手術をその州内で不可能にすることで合衆国最高裁判所の判決の無力化に成功したと指摘して緊急に（州法を違憲であると暫定的に執行停止を命じた）連邦地方裁判所の判断の効力を復活させるよう求めたところ、22日には合衆国最高裁判所が執行停止の破棄を求めた合衆国の申立を裁量上訴の申立と見做し、「合衆国は、連邦の裁判所において、S. B. 8の執行を禁止するため、州、州の裁判官、州の裁判所書記官、その他の州の公務員、私人である当事者に対して、訴訟を提起することができるのか」に限定し、飛躍上訴に該当する申立を認め、口頭弁論の日程を2021年11月1日に設定した³⁸。同時に、S.B.8の執行停止の申立を認めた連邦地方裁判所の命令発効停止を命じた連邦控訴裁判所の判断の破棄を求めた申立の判断は口頭弁論まで延期され、この点に関し、Sotomayor J.が重大かつ回復不能な危害をもたらす法律は直ちに執行停止にすべきであるとの反対意見を表明している³⁹。

4. 11月1日の口頭弁論に先立ち、合衆国最高裁判所に提出された書面におい

34 United States v. Texas, 1:21-CV-796-RP, 2021 U.S. Dist. LEXIS 193174 (Oct. 6, 2021).

35 United States v. Texas, No. 21-50949, 2021 U.S. App. LEXIS 30317 (5th Cir. Oct. 8, 2021).

36 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* notes 24 and 27.

37 United States v. Texas, No. 21-50949, 2021 U.S. App. LEXIS 30987 (5th Cir. Oct. 14, 2021).

38 United States v. Texas, No. 21A85 (21-588), 142 S. Ct. 14 (Oct. 22, 2021).

なお、このような迅速な対応は、2021年10月半ばまでの緊急性を全く認識していない、のんびんだらりとした対応と比較すると、（12月8日に全州の「教え損ない票」約6万票余りの再計算を求めたFlorida州最高裁場所の命令Palm Beach County Canvassing Board v. Harris, 772 So.2d 1273 (Fla. 2000)に対して、12月12日、命令執行停止を命じて）大統領選挙の結果を確定した2000年のBush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000)を想起させ、訴訟としては例を見ない猛スピードneck breakingと指摘されている。

39 Sotomayor J.は、憲法上の権利を奪われた女性たちのために2度も機会があったのに直ちに州法の執行を停止しないと決断した合衆国最高裁判所を非難する一方で、速やかに口頭弁論を設定したことは肯定的に評価している。United States v. Texas, *supra* note 39 at 14-17.

て、州は、合衆国には、連邦の裁判所で訴えを提起できるように州に求める権限はない、現状のままでは訴えを提起する原告適格に欠けると指摘し、連邦法の優位を主張するならば連邦議会がアボーションについて立法して先占するのでない限り、州法は有効であるという立場に立って、1) 州法の執行停止を求める権限はアボーション・クリニック、合衆国、どちらの原告にもない、S. B. 8の合憲性判断は、法律の適用を主張する事案を待って、当事者が主張し、裁判所の判断を求めるべきである、2) 仮に、州法の内容に踏み込んだ判断をするならば、この機会にRoe v. Wade⁴⁰とPlanned Parenthood v. Casey⁴¹を覆すべきであると、主張した。合衆国は、連邦地方裁判所のS. B. 8執行停止を命じた判断⁴²の復活を求め、クリニック等は、S. B. 8の執行方法が合衆国最高裁判所の権限を脅かしていると、その検討を求めた。合衆国最高裁判所の指示した限定した争点に照らすと、Texas州は当事者適格に限定せず、本案にまで踏み込んだ主張をしており、かなり強気であった。

合衆国最高裁判所の口頭弁論は、音声記録、速記録として、公表されている。2021年11月1日の口頭弁論の場合、Whole Woman's Health v. Jackson (No. 21-463) は10:03から11:26（速記録91頁）まで、United States v. Texas (No. 21-588) (21A85) は11:28から12:55（速記録96頁）まで行われた⁴³。予想されていたように、州法の執行を私人に委ね、州を州法執行の責任から隔離する手法、憲法上の権利を制限するにもかかわらず、アウトソーシングで立法に対する司法審査を回避できるという仕組み、そして、連邦の裁判所において（裁判官を除く）州の公務員を訴えることを可能にした1908年のEx parte Young⁴⁴の射程と限界、S. B. 8の遡及効規定、そして、憲法上の権利を制約するにも

40 Roe v. Wade, *supra* note 1.

41 Planned Parenthood v. Casey, *supra* note 7.

42 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 21.

43 Whole Woman's Health v. Jackson (No. 21-463)ではMark .A. Hearronが裁量上訴人代理人、Texas州訟務長官Judd Stoneが被上訴人代理人、United States v. Texas (No. 21-588)(21A85)では合衆国訟務長官となったばかりのElizabeth Prelogarが上訴人代理人、Judd StoneがTexas州代理人、Jonathan Mitchellが被上訴人の中の私人に関する代理人であった。

44 Ex parte Young, 209 U.S. 109 (1908)の詳細な説明に関しては、see *infra* notes 66-71 and accompanying text.

かかわらず、連邦の裁判所における司法審査が法律発効前には妨げられるという仕組みの汎用性が裁判官たちの関心を集めていたように見える。

2021年12月10日、Whole Woman's Health v. Jackson (No. 21-463)⁴⁵に関し、Gorsuch J.による合衆国最高裁判所の法廷意見は、連邦控訴裁判所の判決に先立つ判断であることから審理対象を連邦地方裁判所の2021年8月25日判決⁴⁶と認定し⁴⁷、1) Whole Woman's Healthなどアボーション・クリニックなどには原告適格を認め⁴⁸、2) Ex parte Young⁴⁹から州裁判所の裁判官、州裁判所の書記官には州の主権免責が及び⁵⁰、その執行権限が明示されていないことから州司法長官には被告としての適格性がない⁵¹が、医事審査会、看護審査会、薬事審査会など医療従事者などの規律に関与する公的組織の事務局長は主権免責が及ばない訴訟適格性を備えた被告であると認定し⁵²、United States v. Texas (No. 21-588) (21A85)⁵³に関し、裁判所の意見per curiamは、裁量上訴受理は軽率であったので却下dismissed as improvidently granted (DIG) であると処理した。

5. 合衆国最高裁判所は、大方の予想通り、アボーション・クリニックの関係者などには原告適格を認め、合衆国には認めなかったが、被告に関しては州司法長官の適格性を認めるのではないかという予想を裏切った。

繰り返すようであるが、2021年11月1日の2件のS. B. 8に関する口頭弁論で

45 Whole Woman's Health v. Jackson, 142 S. Ct. 522 (Dec. 10, 2021).

46 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 21.

47 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 45 at 531.

48 *Id.* at 537.

49 Ex parte Young, *supra* note 44.

50 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 45 at 531-534.

51 *Id.* at 534-535.

52 *Id.* at 535-536. Thomas J.は、S.B.8は、他の州法にどのような規定があったとしてもそれにもかかわらず、私人による民事訴訟だけで執行されるとの規定 § 171.207(a)から、ch. 171に違反したことで医師等が医事審査会の規律・懲戒の対象となり得ることを否定している*id.* at 541-543ので、この部分についてはThomas J.以外の8人の裁判官が同意している。Roberts C.J.とその意見に同調するBreyer, Sotomayor, Kagan JJ.は、州司法長官と州裁判所の書記官にも被告適格を認めるという立場である。Roberts C.J. with whom Breyer, Sotomayor, Kagan JJ. join, concurring in the judgment in part and dissenting in part, *id.* at 543-545. 興味深いことに、Roberts C.J.は、これまでになくはっきりと、S.B.8には合衆国最高裁判所の判決を無効にする明白な意図と実際の効果があり、合衆国の憲法体制がコケにされていると述べている*id.* at 545.

53 United States v. Texas, 142 S. Ct. 522 (2021).

は、（現行の合衆国最高裁判所の判例法理に照らして、S. B. 8が違憲であるかどうかではなく、）誰が、誰を訴えることができるのかが、最大の争点であった。

口頭弁論に先立つ2021年9月5日、Laurence H. Tribeは、S. B. 8に対抗する最善の手段は連邦議会がアボーションの権利を制定法上の権利として保護することであるという見解を新聞に投稿した⁵⁴。現在の連邦議会を見る限り、連邦議会の多数派を占める民主党も、アボーションを選択する権利を改めて連邦法で規定することに必ずしも積極的ではないので、制定法による保護の実現性はなさそうであるが、実現したとしても1994年のViolence Against Women Act of 1994 (VAWA)⁵⁵のように、合衆国憲法州際通商条項（1-8-3）の射程を逸脱していると判断される⁵⁶危険がある。そこで、TribeはS. B. 8の「賞金稼ぎ」に対して、複数の人が、「合衆国の憲法や法律が保障する権利や特権の自由な行使と享受」をした、する、しようとする個人に対し、「抑圧、脅迫、または、威嚇を共謀」する場合、適法であるとの外見を装うことを要件とせずに連邦法上の犯罪とする規定（18 U.S.C. § 241）、「合衆国の憲法や法律が保護する」個人の「権利、特権、免責」を「適法であるとの外見を装って」故意に剥奪することを連邦法上の犯罪とする規定（18 U.S.C. § 242）を利用できるのではないかと、提案している。この理解では、S. B. 8は、アボーションに関わる可能性がある人々に対して、1万ドル以上の科料と裁判費用という、実際に発生したかもしれない現実の損失とは全く連動していない（合理的な根拠が存在しない）著しい負担を課すと脅迫、威嚇することで、私人にRoe v.

54 Laurence H. Tribe, *What the Justice Department should do to stop the Texas abortion law*, Washington Post, Sept. 5, 2021 <<https://www.washingtonpost.com/opinion/2021/09/05/justice-department-stop-texas-abortion-law-laurence-tribe/>>

55 An Act to Control and Prevent Crime, September 13, 1994, Pub. L. 103-322, 108 Stat. 1796.

56 See, *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). 実際は無効とされたのは、ジェンダーに基づく暴力の被害者に対して連邦の裁判所における民事訴訟において救済を求める権利を規定した部分42 U.S.C. § 13981だけで、州際通商の回路、手段、そして、州際通商に直接影響を及ぼす活動のいずれにも該当しないと判断された。さまざまな連邦政府からのプログラム補助金の規定はその時点では継続しており、2010年代までは予算的にも支持されたプログラムであったが、連邦政府の執行予算の欠如を受けた形で、最終的に2019年2月に失効した。

Wade⁵⁷などに基づく憲法上の権利の行使を抑圧し、故意に剥奪する権限を州が付与していると構成している。この法律が1871年に制定され、私人にも訴権を付与したクー・クラックス・クラン法Ku Klux Klan Act⁵⁸の一部であることから、被害を被った私人の訴権がこれまで重視されてきたが、Tribeの提案は連邦刑事法を執行する司法省、司法長官のリーダーシップを期待している。Tribeは、さらに、連邦の裁判所は、法の原則と慣習に合致し、裁判管轄を実行するために必要または適切な、州の違法な仕組みを停止させる命令を発給することができるという令状法All Writs Act (28 U.S.C. § 1651)を活用すれば、法の支配を軽視し、司法審査を回避しつつ、憲法上の権利を公然と無視することの「常態」化に、歯止めをかける手段になるという。

が、手続法の専門家たちは、§ 1651を「誰が」「誰に対して」発動するのか、刑事規定である§ § 241, 242を用いてのS. B. 8の執行停止への疑問、有罪判決のハードルの高さなどから、提案の有効性、実現可能性には疑問があると見ている。このような提案の存在自体、S. B. 8に基づいて訴訟を開始しようとした人々に対する「萎縮効果」となることは否定できない。だが、萎縮効果で法律の規定する権利行使を抑制しようとするのは、S. B. 8と同じではないかとの批判もある。

合衆国司法長官は、Texas州法S. B. 8を強い言葉で批判し、連邦政府として対応すると述べている⁵⁹。しかし、合衆国がアボーションを選択できるという合衆国憲法上の権利を擁護するために、クリニックを物理的に攻撃した者に1994年のFACE Act⁶⁰を適用し、連邦の裁判所において起訴したとしても、州の裁判所におけるS. B. 8に基づく私人の訴訟が中断され、州法が執行停止になることはない。連邦の裁判所における刑事手続が、(合衆国の関わらない)州の裁判所における1万ドル以上を請求する民事手続と並行する形で進行する

57 Roe v. Wade, *supra* note 1.

58 An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States, and other purposes, Civil Rights Act of 1871, an Act of April 20, 1871, Pub. L. 42-22, 17 Stat. 13. 連邦裁判所における民事訴訟としては42 U.S.C. § § 1983, 1985, 1986が重要である。

59 See, *supra* note 32.

60 See, *supra* note 31.

ことになる。州での訴訟が州最高裁判所の判決の後、連邦法上の争点があるという理由で裁量上訴の申立の対象となり、合衆国最高裁判所まで到達したならば、そして、Roe v. Wade⁶¹以降の一連の判例法理が変更され、あるいは、変更されないまでもS. B. 8はPlanned Parenthood v. Casey⁶²の述べたような不当な負担にあらず、合憲であると判断されたならば、合衆国の関与する余地はない。（そして、現在の合衆国最高裁判所の裁判官たちの顔ぶれからすると、このようなシナリオが「起こり得ない」とは断言できない。むしろ、「起こりそう」なので、S.B.8の執行停止が実現しなければ、Texas州にあるクリニックが、9月以降中断している人工妊娠中絶手術を再開する可能性は限りなくゼロであるとSotomayor J.は心配している。）

以上の議論は、実は、合衆国が当事者として適格性を主張するのがとてもむずかしいという暗黙の理解に基づいている⁶³。例えば、injury-in-factに関し、合衆国には、事実上の、具体的で個別化された被害・損害は発生しておらず、また、直ちに発生しそうという状況にもない⁶⁴。S. B. 8のもたらす「萎縮効果」を、直接の被害を被っているわけではない第三者⁶⁵として主張するのに合衆国が最も相応しいのか疑問である。辛うじて、Whole Woman's Healthのような（再開できないでいる）クリニック関係者に、訴訟を提起する原告適格が認められる・・・。12月10日のこの部分の判断は予想の通りであった。

州の官吏を訴えることができない本件においては被告としての適格性を検討する前提として、州の主権免責に関わる1908年のEx parte Young⁶⁶の重要

61 Roe v. Wade, *supra* note 1.

62 Planned Parenthood v. Casey, *supra* note 7.

63 その連邦裁判所における出発点は、第3篇の事件争訟性に関する納税者訴訟判断 Frothingham v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923)であり、Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984)が現在の枠組みの基礎にある。

64 合衆国の原告適格については、被害・損害以外の要件を検討するまでもないが、causationに関し、その被害・損害と、相手方とされる当事者の行為との間の因果関係の存在、redressabilityに関し、裁判所の有利な判断の結果で被害・損害が救済される蓋然性e.g. Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555 (1992)が、求められている。

65 アポーションという選択権を、州などからの介入なしに行使する合衆国憲法上の権利と構成するならば、その主体は妊娠している人であり、手術等の医療サービスの提供者も、S. B. 8が指摘するように、妊娠している第三者の権利を主張する立場になる。

66 Ex parte Young, *supra* note 44.

性がクローズ・アップされた。連邦の裁判所の命令を無視して、州の裁判所において州法に基づく訴訟を開始した州司法長官に対して、連邦の裁判所は裁判所侮辱と判断し、収監したところ、州司法長官は連邦の裁判所に対する州の主権を規定した第11修正を根拠に、州司法長官は職務上、州の官吏としての役割を果たしたので州と同一視されるべきであって、連邦の裁判所には裁判管轄権が及ばないと、人身保護令状の発給を申し立てた事件である。

Minnesota州は、鉄道と倉庫を規制する委員会（委員会）を通じ、1906年9月と1907年5月3日に鉄道会社が州内で設定する旅客と貨物料金を設定し、罰則と罰金を持って関係者に遵守を命じた。州議会は1907年4月4日、旅客料金を、18日には貨物料金を設定する法律を制定し、同年6月1日から発効する、違反は重罪であり、5000ドル以下の科料と5年以下の収監刑が適用されると規定した。

1907年5月31日、(当時、500ドル以上の民事訴訟、そして、異なる州の市民の間の訴訟に関する連邦の第1審裁判所であった)連邦の巡回区裁判所に、州法と委員会命令が適用される複数の鉄道会社のそれぞれの株主による、9件の(現行の連邦民事訴訟規則23 (b) に引き継がれた連邦エクィティ規則94に基づくクラス・アクション)訴訟が開始された。被告となったのは、鉄道会社、委員会の委員たち、州司法長官Edward T. Youngと鉄道を利用する荷主であった。訴状は、1) 料金表が原告と鉄道会社の財産をデュー・プロセスなく剥奪しており、法の平等保護を否定しており、憲法違反である、2) 委員会命令と州法の罰則があまりにも厳しく、財産没収と身体の自由喪失の危険を冒すことなく、それらの有効性を訴訟で争うことができないので、平等保護条項とデュー・プロセス条項に反し、違憲であると主張し、3) 問題の委員会命令と州法は違法であるとの宣言を、鉄道会社の社長と執行役員に委員会命令と州法への不服従、鉄道会社に委員会命令と州法の執行を強要する、他の被告からの訴えに対抗することを、そして、4) 委員会命令と州法違反は、州司法長官による制裁の発動をもたらすことから、州司法長官と委員会に対して、委員会命令と州法の適用禁止差止命令を、求めている。

連邦の裁判所は、1907年9月23日に、鉄道会社に対して、まだ実行していな

い州法遵守免除の暫定的差止を、州司法長官に対して州法の適用の差止を命じたところ、州司法長官は、1907年9月24日、州の裁判所に 鉄道会社の一つであるNorthern Pacific Railway Co. (NPR) を訴えた。州司法長官がNPRに指定された通りの料金表を公表するよう命じる職務執行命令を得たという宣誓供述書に基づいて、連邦の裁判所は、裁判所の命令に従わなかったことに対する釈明を州司法長官に求めたところ、州司法長官は第11修正を根拠に裁判所の裁判管轄権を再び否定したので、裁判所は、州司法長官が裁判所侮辱に該当すると判断し、連邦の公務員に収監を命じ、州司法長官は人身保護令状を合衆国最高裁判所に申し立てた。

合衆国最高裁判所のRufus Wheeler Peckham J.は、法廷意見において、Cohens v. VirginiaにおけるJohn Marshall C.J.を引用し⁶⁷、裁判所は裁判管轄権があれば裁判を引き受けなければならないが、なければ引き受けるべきではないと述べた上で、Youngに対する暫定的差止命令について、仮に連邦の裁判所に裁判管轄権がないならば、その命令は違法であり、(裁判所侮辱を理由に) 身柄を拘束された者は解放されなければならないと説明した。

申立人は、連邦の裁判所に訴えを提起するのに求められる1) 当事者間の州籍の相違が存在しないこと、2) 合衆国憲法の意味についての争いはないので連邦法上の問題は存在しないこと、3) 州に対する訴えであり、第11修正に抵触することを根拠に、連邦の裁判所には裁判管轄がないと主張した。

法廷意見は、1) は事実に反する主張であり、しかも、裁判管轄の根拠は州籍の相違に基づいていない。2) 州法と委員会命令は、その決定過程、科料額と刑罰の決定においてデュー・プロセスなく財産と自由を剥奪すること、州際通商に影響を及ぼすことから連邦法上の問題であること、とくに巨大な科料と最大5年の刑期がそれぞれの違反行為毎に適用され得、裁判所において合憲性を争うことが難しいので遵守せざるを得ず、権利侵害があっても文面上違憲を争うことが難しいこと、さらに本件の場合、州に聴聞もなく料金設定する権限があったのか疑わしいにも関わらず、その文面上の違憲性を検証す

67 Cohens v. Virginia, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404 (1821).

るためには料料と刑罰の危険が避け難いので、文面上違憲と判断せざるを得ない、裁判所に提出された宣誓供述書からは、州法と委員会命令は事実上、財産の没収にあたるという。以上のことから、州法と委員会命令は違憲であり、その執行を強要する州司法長官の意図は、鉄道会社に損害をもたらすことであると判断した。問題は、合衆国憲法に抵触する場合における連邦のエクィティ裁判所における適切な救済、暫定的な差止、最終的には永久的な差止命令が適切であるかである。3) 連邦の裁判所は、州の行為は市民の生命、自由、財産を奪ってはならないという第14修正に基づき、州の行為を禁止するため、州司法長官に対する差止命令を発給したところ、それが第11修正に抵触すると主張されている。合衆国最高裁判所はこれまで第11修正に関する訴訟において、「州に対する訴訟ではない」と判断した場合⁶⁸には、州司法長官をはじめとする州の公務員が法の執行という外見に基づいて、合衆国憲法に抵触する州法に対し、民事、刑事を問わず、執行しようとする場合に対して発せられた差止命令を含め、異議を認めていない。州司法長官は、本件において、州が（明示されていなくても）当事者である（ので第11修正の適用により、却下される）と主張するが、州の公務員が（違憲である）法執行という脅威を通じて憲法上の権利を脅かす点において、区別される。連邦の裁判所は、（裁量権のある行為、憲法に適合する州法に基づく行為に対しては差止命令を発給することはできないが、）違憲である州法を執行する権限のない州の官吏に対して差止命令を発することができる。ただし、州の官吏が訴訟を開始することに対する禁止は、裁判所が、民事、刑事を問わず、受理した事件を審理する権限、大陪審の行動を制限する権限には及ばない。そして⁶⁹、1824年の

68 E.g. *Reagan v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 154 U.S. 362 (1894); *Smyth V. Ames*, 169 U.S. 466 (1898); *Prout v. Starr*, 188 U.S. 537 (1903).

69 違反行為を通じての法律の合憲性に対する挑戦は、万一合憲と判断された場合を考慮すると、危険が大きすぎるかもしれない。差止請求のため、コモン・ロー裁判所ではなく、エクィティ裁判所を選択することには合理性がある。料金の妥当性を争うのに、乗客ひとりひとりが鉄道会社を訴え、鉄道会社がその合理性を立証するよりも、鉄道会社がチャンセリイ裁判所に州議会や委員会を相手方とする訴状bill of chanceryを用いてその不合理な性格と合衆国憲法との抵触（デュー・プロセス条項違反）を根拠に、適切な料金を設定する権限を鉄道会社に認めて、利用者全員にその決定の効力が及ぶよう、判断する方が適切であることはChicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota, 134 U.S. 418 (1890)においてMiller J.の同意意見at 460に述べられている。

Osborn v. Bank of the United States⁷⁰以来、第11修正に基づいて、州が（訴訟記録上の当事者ではなく、）連邦の裁判所の裁判管轄の対象とならないならば、合衆国憲法が合衆国の法律に抵触する州法を州の公務員officersや代理人agentsが執行しようとする企てを連邦の裁判所が差し止めることは、合衆国憲法に照らし、認められている。その最も明らかな例が、州が州法違反を理由に身柄を拘束している人に対する連邦の人身保護法（§ 753）の適用であり、拘束が合衆国憲法に違反する場合には、当然の判断である⁷¹と、人身保護令状と記録移送命令の申立を退けた。

これに対して、Harlan J.は、Youngが州の裁判所において開始した訴訟はNPRに対して1907年法§ 232を遵守するよう、州として求めるものであり、連邦の裁判所においてNPRの株主である原告たちが提訴した訴訟は州司法長官を州司法長官という公職にある者として訴えており、州の裁判所において州の司法長官が州法の正当性を明らかにできなくすることを意図していたと説明し、それはまさに第11修正のいう、州に対する訴訟であり、たとえその訴訟開始前に、問題の州法と委員会の命令が、暫定的に、合衆国憲法に抵触すると連邦の裁判所が判断したとしても、州の機関である州司法長官に連邦の裁判所の裁判管轄は及ばないと指摘する反対意見を述べている。

以上を、本件に照らすと、Texas州そのものを被告として訴えること（第11修正）と、州の裁判所の裁判官を被告にすること⁷²はできないが、州司法長官と州の裁判所の書記官を被告として訴えることはできそうというRoberts C.J.の意見となるように思われる。法廷意見を執筆したGorsuch J.はEx parte Youngからは、州の裁判官に対しても、書記官に対しても、事件受理を妨げる差止命令を連邦裁判所が認めることにはならないだけでなく、憲法第3篇の事件争訟性においては当事者間の対立関係も必要となると述べ⁷³、州司法長官にはS.B.8執行権限がない、私人は訴権を行使するつもりはないとの宣誓供述

70 Osborn v. Bank of the United States, 22 U.S. (9 Wheat.) 738 (1824).

71 囚人の身柄を拘束している州の官吏に対する訴訟は州に対する訴訟ではないが、州法を執行するために州裁判所に提訴するという州司法長官に対する訴訟は州に対する訴訟であるという区別はなかなか受け入れ難い。

72 Ex parte Young, *supra* note 44.

73 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 45 at 527-528.

書があると、簡単に退けた。

6. 2021年12月10日のWhole Woman's Health v. Jackson判決⁷⁴は連邦地方裁判所の判決をもとに、原告と被告について認定したので、事件は連邦地方裁判所に差し戻されるとの大方の予想にもかかわらず、同年12月16日、12月10日の判決を連邦控訴裁判所に差し戻すという命令⁷⁵が出た。連邦控訴裁判所は同年12月27日に州法について、Texas州最高裁判所に意見確認を求める申立を受理し⁷⁶、2022年1月17日に「さまざまな授権法と州健康と安全法 §§ 171.005, 171.207, 171.208 (a) の制約に照らし、Texas州法が、司法長官、医事審査会、看護審査会、薬事審査会などに対して、直接的または間接的に、Texas州心臓鼓動法に違反する個人または主体に対する、どのようなものであっても、規律的その他不利益をもたらす行動を取る権限を授与しているかどうか」を、意見確認を求める質問として確認した⁷⁷。連邦控訴裁判所のアプローチに懸念を覚えたアポーシオン・クリニックなどは、合衆国最高裁判所の判断が連邦地方裁判所の判決に基づくことから、合衆国最高裁判所に、連邦控訴裁判所に対して直ちに連邦地方裁判所へ事件を差し戻すという職務執行令状の発給を申し立てたが、退けられた⁷⁸。現在のところ、事件は州最高裁判所の判断に委ねられている。人々は、連邦の裁判所がこの問題について判断したくないので、州最高裁判所に意見確認を求める手続を用いて、結論を先延ばしにしたと疑っているようである。

7. この間一貫して、Sotomayor J.は、S.B.8の危険性を、そして、その執行停止が執行されない理不尽さを訴えてきた。

74 *Id.*

75 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21A220 (21-463), 2021 U.S. LEXIS 6283 (Dec. 16, 2021).

76 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-50792, 2021 U.S. App. LEXIS 39088 (Dec. 27, 2021).

77 Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-50792, 2022 U.S. App. LEXIS 1255, *15-*16 (Jan. 17, 2022).

78 *In re Whole Woman's Health*, No. 21-962, 2022 U.S. LEXIS 592 (Jan. 20, 2022).

2021年9月1日の反対意見⁷⁹では、明らかに違憲な法律の差止請求に対して、法廷意見は50年近い先例を馬鹿にした州法を黙認し、手続的に複雑であることを救済しない言い訳にしている、女性の権利を保護する憲法上の義務だけでなく、先例と法の支配を擁護する義務まで無視していると、本案に踏み込んだ非難をしている。この時、反対意見を執筆したのは4人であったが、その組み合わせにはなかなか興味深いところがある⁸⁰。Roberts C.J.はこれまで判断したことのない争点について、下級裁判所の考察もなく直ちに結論を出すのは無謀であるとS.B.8の執行停止を肯定し、当事者適格について判断することを求めているところが、Sotomayor J.との最大の違いのように見える。10月22日の執行停止に関する申立に対して、合衆国最高裁判所は2021年11月1日の口頭弁論までは判断しないと、結果的に執行を是認する判断をしたのに対し、Sotomayor J.は、合衆国最高裁判所がまたもや女性たちを重大かつ回復不能な危害から守るため、直ちに行動していないと非難した⁸¹。11月1日の口頭弁論を受けた12月10日の判断においてSotomayor J.だけ⁸²が、Whole Woman's Health v. Jackson, No. 21-463においてTexas州議会が合衆国最高裁判所の先例を露骨に無視する法律を成立させ、州法S.B.8は合衆国憲法の保障を3ヶ月近くも無効にしており、S.B.8が効力を発揮する前に差し止めるべきであったと執行停止を認めようとしない法廷意見を批判し⁸³、United States v. Texas, No. 21A85では連邦地方裁判所の執行停止命令に対して停止命令を発した連邦控訴裁判所の判断を破棄するよう求めた申立を認めるべきであり、United States v. Texas, No. 21-588の却下判断に反対している⁸⁴。2022年1月20日の職務執行令状申立の否定に対し、Breyer J.の、連邦控訴裁判所は、当事者適格についての争点は決着がついたので連邦地方裁判所に差し戻すようにという合

79 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 24 at 2498.

80 See, *supra* note 25.

81 United States v. Texas, *supra* note 38 at *2-*10.

82 裁判所の匿名で執筆された判断に対し、あるいは、判決ではない命令の場合、反対であっても、あるいは、全面的に賛成ではないからといって、反対意見を表明するとは限らない。Sotomayor J.だけが反対意見を執筆したことは、他の3人が裁判所の意見 *per curiam* を支持しているという証拠にはならない。

83 Whole Woman's Health v. Jackson, *supra* note 45 at 545.

84 United States v. Texas, *supra* note 53 at 522.

衆国最高裁判所の明白な指示を無視して、州最高裁判所への意見確認手続を開始し、問題の州法はまだ執行されているとの反対意見⁸⁵に同調しただけでなく、Sotomayor J.は、合衆国最高裁判所には機会があるにもかかわらず、アポーションを受けるという女性の権利を蔑ろにしている、この訴訟はアポーションが争点であると、合衆国最高裁判所の判断を深刻に受け止めない連邦控訴裁判所をも批判する⁸⁶。

通常、差止を容認する場合の判断基準は、1) 本案における勝訴の蓋然性、2) 回復不能な損害が発生する蓋然性、3) 差止が認められることによって被申立人にもたらされる不公平さ・負担と被害の大きさ、差止が認められないことによって申立人にもたらされる不公平さ・負担と被害の大きさととの比較衡量、つまり、差止を認めることの「弊害」と認めないことの「弊害」との比較、そして、4) 差止が公共の利益に適うかどうかであると考えられている。S.B.8に関しては、Roe v. Wade⁸⁷やPlanned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey⁸⁸が覆されない限り、違憲であると判断される蓋然性はかなり高い。が、S.B.8を支持する人々は、現在の合衆国最高裁判所裁判官の構成から、むしろ、Roe v. Wade判決自体が否定される蓋然性が高いと期待しているようである。理論的には、まだ覆されていないのに覆されるであろうと見越して、Roe v. Wade判決と両立しない州法の執行を停止しないことは「見切り発車」という他なく、まだ覆されていないならばその状況を保全すべく、州法の執行を停止し、原状を維持したまま、州法の合憲性判断を待つことが支持されるのではないかと思われる。アポーションという選択をほぼ完全に奪われるという憲法上の権利侵害の被害の大きさと、心臓の鼓動を基準とすることでまだ生存可能性が保障できない胚子との比較なのか、胎児の生命との比較なのか定かではなく、公共の利益という天秤はどちらにも傾きそうである。どのような状況下においても妊娠したならば出産に至るべきであると考えている裁判官が5人、

85 In re Whole Woman's Health, No. 21-962, 2022 U.S. LEXIS 592, *1-*2 (Jan. 20, 2022).

86 *Id.* at *2-*11.

87 Roe v. Wade, *supra* note 1.

88 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, *supra* note 7.

これまでのルールで選択肢が認められていると考えている裁判官が4人⁸⁹という構成からすると、現在の合衆国最高裁判所が、物議を醸しているS.B.8の執行を停止して従来の秩序をまず維持することを選択するより、生命を重視するS.B.8は倫理的・道徳的に正しく、多少の負担が発生しても、やむを得ないと判断しているという立場をとっているのが、反対派からは理不尽と非難されても州法の執行停止は実現させないという実体判断をしている。

現在、生きている人の在り方を蔑ろにしてまで、生まれる前の生命を重視するという法律に対して、個人的には疑問を覚えるが、生命に関わる比較衡量は「法」や「民意」で解決できない、まして、国家などが当事者に指示することではない。私たち個人個人が考え、判断すべき事柄の一つではないだろうか。

補筆：Kagan J.が指摘した影の事件簿shadow docket⁹⁰について

最初に「影の事件簿shadow docket」という表現を用いたのは、2015年1月、Chicago Law SchoolのWilliam Baudeの*Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*⁹¹で、その趣旨は、裁量上訴拒否決定の結果、毎年かなりの数の事件が、書面の提出も、口頭弁論もなく、（そして、メディアなどの関心を惹くことなく）判断理由も、その結論を支持した裁判官の構成も不透明なまま、事案に対する処理結果だけが公表されているという事実と、その中には重要だと思われる法律上の問題があるにもかかわらず、簡略な結果だけが公表されるという不透明さと説明責任の放棄の指摘であった。Baudeは、おそらく、理由もなく破棄差戻判断となったかなりの部分は合衆国最高裁判所の先例に敢えて従わない下級裁判所に対するメッセージであると見ることもできるかもしれないという。だが、「執行停止stays」や「差止命令injunctions」の対

89 これまでS.B.8に反対を表明してきたStephen Breyer J.が2022年1月27日、大統領に、現在の2021年開廷期が終わる2022年6月末ないし7月の初めに辞任するつもりであるという手紙を送った。実際に誰が連邦議会上院の承認を経て任命されるのかはわからないが、5対4という構図は、おそらく、変わらないと見られている。

90 *Whole Woman's Health v. Jackson*, *supra* note 24, at 2500.

91 University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 508, 2015であり9 N.Y.U. J. L. & Lib. 1 (2015)の巻頭論文となっている。

象となった事案について、判断の根拠が示されていないこと、裁判官の中で誰が賛成してそのような結果になったのか、反対があったのかについても知る術がないこと、また、どうしてそれらの（社会的に注目に値する）事件が書面の提出と口頭弁論なく、判断するのが適切な事案であると裁量上訴受理から外されたのか、結論に至る過程の透明性だけでなく、判断の一貫性に関しても疑問だらけであると指摘し、合衆国最高裁判所の判断に信頼と説得力を取り戻すためには、透明性と説明責任を果たすことのできる事件選択手続を検討すべきと述べた。

その後、2019年に、Texas Law SchoolのStephen I. Vladeckが*Essay, The Solicitor General and the Shadow Docket*⁹²を掲載し、2021年になると、Vladeckはさらに、The Atlantic Monthly⁹³やThe New York Times⁹⁴といった一般的なメディアにおいても合衆国最高裁判所におけるshadow docketについて積極的に発言し、実は、合衆国最高裁判所が、メディアと一般社会が気のついていないところで、社会に重大な影響のある、党派性を疑わせる判断を繰り返し行っていると指摘したことで、その存在が広く認識されるようになった。確かに、（特定の集団の）選挙権行使に大きな影響を及ぼすと考えられている州の規制、Covid-19に関する人々の自由を制約する行政判断の合憲性、移民に関する決定、連邦の死刑囚に対する死刑執行再開に関する執行停止申立の処理などについて、本案とは別に、法律の執行停止や下級裁判所の判決執行停止などの手続を活用し、判断するという手法を用いた事件処理は、Baudeの指摘した「本来ならば、裁量上訴手続に載せて、上訴書面と口頭弁論を通じて判断されるべきであるにもかかわらず、簡略に、理由を示さず、処理されている（透明性と判断の一貫性に疑問がある）事案の増加」の問題だけではない。Whole Woman's Health v. Jacksonにおける連邦控訴裁判所第

92 Stephen I. Vladeck, *Essay, The Solicitor General and the Shadow Docket*, 133 Harv. L. Rev. 123 (2019).

93 Stephen I. Vladeck, *The Supreme Court Needs to Show Its Work*, The Atlantic, March 10, 2021.

94 Stephen I. Vladeck, *The Supreme Court Is Making New Law in the Shadows, The Justices are defying their procedural rules to rewrite the Constitution*, The New York Times, April 15, 2021.

5巡回区裁判所の、事実審における審理に介入し、途中で事実審理を中断させ、原審の暫定命令に対して（説得力のある理由を示すことなく）執行停止を命じる決定⁹⁵にも手続を軽視する姿勢が見える。合衆国最高裁判所が、例外的な救済の申立に対して、なぜ、そのような結論に到達したのか、誰がそのような判断に賛成し、あるいは、反対したのか、それは同じ裁判官の過去の判断とどう整合性を取るのか、意見の構成がわからない、つまり、透明性と一貫性に対する疑問という点では、Baudeと問題意識を共有している⁹⁶。Whole Woman's Health v. Jackson⁹⁷の場合、中断されなかったならば下級審の審理を通じて、問題の法律が実際に適用されたならばどのような人々の、どのような権利が著しく制約を受け、その結果、家族や社会にどのようなことが起こるのかを知るための実態に関する詳細な事実関係の精査や、その後の控訴審においての、当事者だけでなく、アミーカスから提出される書面を通じての法律上の争点に関する議論、決定の社会的影響に関する考察など、熟慮を可能にする情報が判断過程において活用できたであろう。それらの事実に基づく正確な情報なしに、適切な結論に到達できるのだろうか。そのような詳細な情報はあまりにも生々しく、整理し難いので鬱陶しいと、途中のプロセスを蔑ろにし、熟慮よりも、迅速な結果・単純化した結論を合衆国最高裁判所に求める風潮があるとしたら……。今こそ、人々の生命、身体、財産について、権利と自由について、今だけでなく、未来をも視野に入れた判断が求められているのではないだろうか。S. B. 8が11月に「しっかり」審理されている間にも、医療従事者に対するワクチン接種を強制するMaine州の措置が静かに是認された⁹⁸。合衆国最高裁判所の裁判官たちの行動が疑いをもって観察されるときに、説明もなく、結論だけで処理されるというshadow docketの多用は、裁判官の間に分断が疑われるからこそ、制度としての司法府の信頼を脅かす。

95 See, *supra* notes 22-27 and accompanying text.

96 Vladeckは法律家であるにもかかわらず手続を軽視するNoel Francisco訟務長官を強く非難してきたが、訟務長官のリーダーシップの問題だけではないのかもしれない。

97 *Supra* note 22.

98 Opinions relating to Orders, *Does v. Mills* (No. 21A90), Oct. 29, 2021.