

書 評

『究極の法の支配』

—David M. Beatty: The Ultimate Rule of Law⁽¹⁾

中 島 徹

- 1 比較の中のカナダ憲法
- 2 本書の構成と概要
- 3 若干の感想

1 比較の中のカナダ憲法

本書は、カナダのトロント大学ロースクール教授のデヴィッド・M. ビーティによって執筆された。ただし、書名からはうかがい知れないが、カナダ憲法だけを取り扱うものではない。むしろ、本書は比較憲法の研究書というべきだろう。日本の研究者のカナダ憲法への関心は、アメリカ合衆国憲法に対するそれに比べて、必ずしも高くはない。それゆえ、本書を手取る日本の研究者もそう多くはないかもしれない。しかし、その理由の一端が、アメリカとカナダの法文化の異質性に無関心であることによるのだとしたら、学問的には損失である。なるほどアメリカ憲法は、歴史的にも学問的にも、日本の憲法学に大きな影響を与えてきた。他方、カナダ憲法と日本国憲法は、表面的にはほとんど関係しない。このことは、例えばカナダ憲法が制定されたのは1867年だが、これは主に統治機構の定めを置いたもので、人権条項が憲法規範として制定されたのは1982年になってからであるといった経緯や、国家間の政治的・経済的関係の濃淡等々の事情が関係するだろう。

しかしながら、人権条項に関するいわゆる「カナダ人権憲章」（以下、「人権憲章」）⁽²⁾は、その制定された年が示す通り、「先進国」中では最も新しい部類

(1) Oxford U. P. (2004)

(2) 正式には、「権利と自由に関するカナダ憲章 (1982)」The Canadian Char-

に属し、アメリカ合衆国憲法や日本国憲法には見られない内容—アフーマティブ・アクションやいわゆる第三世代の人権、多文化主義の憲法保障等々を有している。それゆえ、新たに憲法を制定しようとする国々にとっては、参照すべき点が少ない。実際、南アフリカ憲法の制定に際しては、アメリカ合衆国憲法よりもカナダ憲法（の思想や研究者）のほうが大きな影響を与えたともいわれている。もちろん、「人権憲章」は歴史が浅いだけに、それについての理論的な検討は、アメリカ憲法研究に比べれば質・量ともに少ないことは当然である。しかしそのことは、必ずしもデメリットばかりとは限らない。アメリカ合衆国の研究者は自らが準拠国であるという意識が強いせいも、従来あまり比較法的研究に熱心とはいえない傾向にあったが（そうした状況は最近では変わりつつあるとはいえ）、カナダの研究者は、自国に理論的蓄積が乏しい分、アメリカの研究者に比べてはるかに比較法的研究に熱心であり、本書の著者もまた同様である。その範囲は、ドイツ、ハンガリー、南アフリカ、ニュージーランド、シンガポール、ボツワナ、オーストラリア、インド、アイルランド、イスラエル、アメリカ合衆国、日本、スイス等の裁判所（主として最上級審）、さらにはヨーロッパ人権裁判所や国連人権規約委員会の判断にまで及ぶ。

本書の主題は、いわゆる「司法審査と民主主義」という日本でもおなじみの問題であるが、著者はそれを、前記のような広範囲に及ぶ国々を比較の対象としながら検討しており、目次や判例索引を開いたときに最初に目を引くのも、おそらくはその点であろう。もちろん、数多くの国々の判例に言及していても（あるいは、それゆえにこそ）、その分析が不十分であれば、わざわざ手にとる価値はない。本書がそうした弊を避けえているかどうかを、以下ごく簡単にではあるが、検討してみたい。

2 本書の構成と概要

本書の構成は、全5章からなる。1章では、「憲法解釈の諸形態と限界」と題して、いわゆる「司法審査と民主主義」に関する総論的考察が行われている。本章では、1. 主題の基本的説明と、それをめぐるの従来の議論の概観として、2. 契約理論 Contract Theory, 3. プロセス理論 Process Theory, 4. 道徳理論 Moral Theory が手際よく説明された上で、その問題点が指摘されている。ただし、以上の節では、主としてアメリカ合衆国における議論に

焦点があてられているために、すでにこの論題について検討したことがある者には、物足りなく感じることもあるかもしれない。しかし、これはあくまで導入部分である。著者の独自性は、本章でいえば、5. Judicial Practice で示される。すなわち著者は、司法審査が実際にどのように行われるかについて（前記2-4のような）、「理論」から演繹的に裁判官の裁量権行使のありようを分析・批判するのではなく、M. イグナティエフの示唆を念頭において、コモン・ロー的分析手法に基づき、帰納的にその正当性を検討すべきであると主張するのである。この観点で、本書全体の基軸をなす。

以下、2章では、宗教的自由を基軸に「自由」(Liberty)の問題を論じ、3章では平等のタイトルの下に、女性、ゲイ・レスビアンへの平等な機会の保障を中心に論じている。また、4章では友愛(Fraternity)と題して社会的経済的権利につき、いずれも「コモン・ロー的手法」で考察し、終章の比例原則(Proportionality)で著者の見解を総括する。

「自由」に関する第2章では、もっぱら宗教的自由が取り上げられているが、それは以下の理由による。すなわち、信教の自由の保障こそが個人の自由の中核をなしてきたという西欧社会における歴史的沿革と、今日依然として続く宗教的対立(ボスニア、インド、インドネシア、ナイジェリア、パレスチナ、パキスタン、スーダン等々)の解決の必要性があることである。ちなみに、この問題に対し、教会と政府それぞれの領域を法的に確定し、両者の関係を調整する責任を裁判所に負わせることで、問題の解決を図ることができると考えたのがアメリカ合衆国憲法であった。それゆえ、その選択の是非を問うことは、法(裁判所)による問題解決の可否一般を問うことに他ならないことになる。本章の1.「解釈主義(Interpretivism)」では、アメリカ合衆国最高裁の判例、とりわけ Lee v. Weisman, 505 U. S. 577 (1992) と Oregon v. Smith, 494 U. S. 872 (1990) に、2.「プラグマティズム(Pragmatism)」では、ドイツ連邦最高裁の Blood Transfusion, 32BverfGE98 (1971)⁽³⁾, Classroom Crucifix, 93 BverfGE1 (1995)⁽⁴⁾, School Prayer, 52BverfGE, (1979)⁽⁵⁾ にそれぞれ焦点があてられ、3.「宗教的自由と人民主権⁽⁶⁾(Religious Liberty and Popular

(3) Gesundheitsgesetz, BVerfGE 32, 98, Beschluss v. 19. 10. 1971

(4) Kurzfik, BVerfGE 93, 1, Beschluss v. 16. 5. 1995

(5) Schulgebet, BVerfGE 52, 223, Beschluss v. 16. 10. 1979

(6) 便宜上、popular sovereignty を「人民主権」と訳したが、もとより日本の「主権論争」の際に用いられた用法と異なることはいうまでもない。

Sovereignty)」で、両者が比較検討されている。さらに、4.「安息日の宗教的自由 (Religious Liberty on the Sabbath)」では、カナダ最高裁を中心に、アメリカ、ドイツ、イスラエル、アイルランドなどが比較の対象として論じられ、5.「宗教的自由と国家のモラルティ」では、政教分離をめぐる各国の裁判所の対応を比較している。そして最後に、6. で黙示録 (Revelations) として、本章を総括する。中でもわれわれにとって興味深いのは、やはり5. の「宗教的自由と国家のモラルティ (Religious Liberty and State Morality)」であろう。ここでは、ヨーロッパ人権裁判所、デンマーク、ギリシャ、そして日本の最高裁等の判断が取り上げられている。冒頭に述べたように、本書の取り扱う範囲は広範囲にわたるため、それを全面的に紹介することは、紙幅の都合もあって不可能に近い。そこで、以下では主として日本に言及している部分をピックアップして本書の特質の一端を紹介するにとどめざるを得ないことをお断りしておきたい。

日本の判例で取り上げられているのは、津地鎮祭、愛媛玉串料、自衛官合祀の各最高裁判決である。津地鎮祭判決について、著者はそれを(アメリカ合衆国最高裁のとり)「解釈主義的アプローチに固執しない」⁽⁷⁾ 立場と把握する。著者のいうアメリカ合衆国最高裁型とは、政府と宗教の完全分離を前提に、例えばレモン・テストに示されるような3要件の充足の有無を問うアプローチのことであるが、これに比べると、日本の最高裁のアプローチは「非常に実際的で地上的なもの」であると著者はいう。具体的には、「日本国憲法20条の文言それ自体は、政府と宗教の結びつきを絶対的・無条件に禁止している」と読めるが、それにもかかわらず「同判決の多数意見は、政府と宗教の結びつきが“合理的な限界を超える”場合にのみ禁止されると限定的に理解している」点においてそうだ、というのである。これは一見すると皮肉に聞こえなくもない。少なくとも、津地鎮祭判決の「目的効果論」がレモン・テストに比して緩やかにすぎると批判してきた日本の憲法研究者の立場からすれば、「非常に実際的で地上的なもの」という評価は、皮肉以外の何ものでもないだろう。

しかし、著者の評価にそうした裏の意味はない。著者は、津地鎮祭最高裁多数意見の立場を、前記ドイツ憲法裁判所の諸判決と同一の立場⁽⁸⁾ に立つもの

(7) p. 68. アメリカ合衆国最高裁が採用する「解釈主義的立場」については、十分に論じる余裕がないが、ここではとりあえず形式的に理解して、「ある理論をたてて、その要件を充足しているかどうかで決着をつける立場」としておきたい。

と理解して、「实际的」であると積極的に評価しているのである。他方、著者は、靖国神社をめぐる歴史等、神道に基づく地鎮祭のはらむ問題の具体的な文脈を重視して「完全分離」を説く藤林長官の反対意見について、「事実を選択的に取扱う点で、多数意見が有する公平性と中立性を欠いている」と批判的である。それに比べて多数意見は、平均人の視点で「客観的に」判断している点で妥当だ、というのである。こうした、小泉流「常識」論にも通じかねない評価は、日本の研究者の目には、奇異に映るであろう。あるいは、著者を「保守派」とみなし、本書を閉じてしまうかもしれない。そこまで極端でないにしても、著者のこうした評価を、著者が日本社会における靖国神社問題の意味を知らないがゆえのものと切り捨ててしまうことは、簡単である。だが、「ヨソ者にわかるはずがない」で決着をつけるのなら、比較法の意義は大幅に減殺されてしまう。ここは、いましばらく著者の分析に耳を傾けてみるべきである。

著者は、愛媛玉串料事件判決も同様の「实际的」見地から判断が下されている、と評価する。もとより、周知のようにこちらは違憲判決であるが、平均人の視点で見ても、本件玉串料の支出は公的機関が特定の宗教を支持したとみなされるので、両判決は一貫しているという。本判決の結論について、日本の研究者は、それを「目的効果」基準の厳格な適用によるものであると評価するか、あるいは「目的効果」基準が融通無碍であることの証であると批判することが一般的である。しかし著者は、最高裁の判断をレモン・テストのような特定の「基準」を適用した結果下されたものとは考えていない。そうではなく、平均人の視点に立って、事案に含まれる諸要素を具体的に検討しつつ結論を下した全くの個別的な判断であるというのが、著者の理解である。こうした評価は、最高裁の判断に政教分離原則違反を判断するグランドセオリーが欠けていることを意味する。しかし、著者はそれを決して否定的に捉えてはいない。この点は、著者の視点を理解する上で重要な意味をもつ。

それは、時期的に津地鎮祭判決と愛媛玉串料判決の中間に位置する自衛官合祀事件判決に対する著者の評価をみるとわかるであろう。この事件で、多数意見は、人が自己の信仰生活の静謐を他者によって害されない利益は、憲法上保護される利益ではなく、その妻は合祀に異議を申し立てることができない、という判断を下した。これを著者は、(アメリカ合衆国最高裁のような)「解釈主義的立場」の採用を意味すると分析する⁽⁹⁾。この判決には、7つの補

(8) 著者は、両者が「全ての関連する利益を考慮している」点で共通していると理解している。

足意見と伊藤裁判官による反対意見がついているが、多数意見と伊藤反対意見は、いずれも憲法20条の「限定的で論争の余地ある解釈と、部分的で不完全な事実の評価に基づいて判断を下している」点で、そうした立場の典型であるというのである。そして、いずれの立場も、憲法の文言の「厳格」（すぎる？）解釈と、合祀によって影響を受ける者全員の見解を十分に考慮していない点で、問題の解決として不十分であると批判する。例えば、伊藤反対意見は、合祀に賛成する親や兄弟の宗教的自由を全く考慮していない点で、また、多数意見は妻の宗教的感情を無視している点で、いずれも恣意的な判断であると手厳しく批判している。これに対し、一方で妻の「宗教的人格権」に法的利益性を認めつつ、しかし近親者の宗教的信念にも同等の位置が与えられるべきであるとする、長島、坂上両補足意見を例に、もっぱら事実在即して判断する実際的な立場のほうが、多数意見と結論は同じでも、結果として宗教的自由に対して十分な配慮を示すものとなっていると評価する。

以上の紹介だけでは、著者のいう「実際的な立場」が何を意味するのかは、日本では補足意見にそのような積極的な評価がなされることがまれであることもあって、多少わかりにくいかもしれない。実は、カナダでも同様に「解釈主義的（意味論的）立場」と「実際的な立場」の対立が示された判決がある。B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1995) がそれである。この判決では、親が宗教的信念に基づき、子どもへの輸血を拒否することができるかどうか争われた。7人のうち4人の裁判官は、「人権憲章によって保障された宗教の自由は、子どもの福利を害するような仕方でも子どもに対する治療の方法を決定する権利を含まない」という理由づけによって問題の解決を図ったのに対し、3人は、「たとえ、親の宗教の自由により子どもの治療方法を決定する権利が含まれているとしても、本件のような特別な事情の下では、親の権利は子どもの（生命に対する）独立した権利に道を譲らざるを得ない」と述べた。後者が著者のいう「実際的なモデル」であり、これに対し前者は「意味論的モデル」（解釈主義的立場）と特徴づけられる。そして、後者のほうが、結果的として人権保障に有益であることを示すことで、著者のいうコモンロー・アプローチの正当性が主張されているわけである。

もとより、著者の「意味論的モデル」と「実際的なモデル」という図式が、コモンローの伝統を有しない日本の判例分析にどこまで有効かという問題は、当然のことながら残るであろう。しかしながら、ここではそうした法文化の問題

ではなく、事実に含まれる全ての判断要素を考慮した上で、具体的に適切な判断を下すべきだという利益考量的憲法判断が主張されている点に注目したい。こうした思考に対しては、原理原則の欠如したアドホック・バランスングであるとの批判が加えられるであろうことは、当然予測される。私法分野ではともかく、憲法のような「原理」が重視される法領域では、比較考量論の評判が芳しくないことは、いまさらくどくと述べるまでもないであろう。問題はしかし、「司法審査の民主的正統性」という問題に対する解答として、この「実際のモデル」、すなわち、裁判所が原理原則を前面に押し立てて社会問題の解決に乗り出すのではなく、事例ごとの判断を通じて争点を提起し、それにより民主的決定の余地を残すというモデルが、意味論的モデルよりも優れているといえるかどうかである。

すでに見てきたように、宗教的自由をめぐる各国の裁判例では、アメリカ合衆国のそれが典型的であるように、事案ごとの事実即した「実際のモデル」に基づく論証は、必ずしも行われてきたとはいえない。その点は、著者が「実際の」と評価する日本の場合も同様である（少なくとも、自覚的にそうした方法がとられてきたわけではない）。他方、「平等」の領域、とりわけ男女平等に関しては、「政教分離」と異なり、それを当然視する共通理解が各国の憲法でかなりの程度に成立している（もちろん、例外を言い立てればきりがない）。少なくとも、一般的にいえば、男女平等それ自体が憲法原理的に疑問の余地ある問題というわけではない。また、生活上の必要性という側面からいえば、社会的権利もまた「実際のモデル」が大きな意味をもつ（とはいえこちらの方は、例えば日本国憲法25条をめぐる議論がそうであるように、憲法の規範性それ自体が論争の余地ある問題ではあるが）。その意味で、宗教の章で提起された「実際のモデル」の有効性の検証は、続く「平等」と「友愛」の章に委ねられる。本稿では、残念ながら紙幅の都合で3章の「平等」の紹介を割愛し⁽¹⁰⁾、4章の「友愛」に焦点をあてたい。

4章は、以下の構成からなる。すなわち、1. 社会的・経済的権利への哲学

(10) 平等の章の構成は以下の通りである。1. 性差別 (Sex discrimination), 2. 女性への平等な機会 (Equal Opportunities for Women), 3. レスビアンとゲイへの平等な機会 (Equal Opportunities for Lesbians and Gays), 4. 自由, 平等, 比例原則 (Liberty, Equality, and Proportionality)。なお、本章では特に日本の判例への言及はない。ここでの主題との関係で、そのこと自体がひとつの「比較」としての意味を持つだろう。

的な異議 (Philosophical Objections to Social and Economic Rights), 2. 新世紀に際してかつての考えを再考する (Rethinking Old Ideas in a New Millennium), 3. 社会的・経済的権利の司法的執行 (Legal Enforcement of Social and Economic Rights) 3.1 職業への権利⁽¹¹⁾ (The rights to Work), 3.2 生活必需品への権利 (The rights to the Necessities of Life), 4. 公正な取り分の正義 (The Justice of Fair Shares), 5. 公正な取り分の法 (The Law of Fair Shares) が、それである。

1. の社会的・経済的権利への哲学的な異議では、ハイエクやノージックによる (おなじみの) 「自由の喪失」論、さらには、イリイやサンスティン、モナハンらによる、前者とは角度を異にする議論が紹介されている。日本でも、同様の議論は、日本国憲法25条の生存権の法的性格をめぐる論じられてきた。もとより、実定憲法上生存権が規定されている日本の場合と、それが規定されておらず、あるいは南アフリカや東欧諸国のように新たに憲法を制定するに際して、経済的・社会的権利を規定するかどうか論議されている国々の場合とでは、論じ方が異なることは当然である。しかしながら、どこの国でも、いわゆる「第二世代の人権」に対してですらイデオロギー的抵抗が根強い点に、大きな違いはない。本章で興味ぶかいのは、社会的経済的権利を憲法に編入することにきわめて懐疑的であったサンスティン (編入は「大きな過ちであり、ひどい害悪をもたらすだろう」⁽¹²⁾ と述べていた) や、同じくそうした権利に批判的であった南アフリカの高名な法律学者で、のちに最高裁裁判官となるデニス・デイヴィスらが、南アフリカの Grootboom 事件⁽¹³⁾ をきっかけに、その立場を大きく (サンスティンの場合は180度) 変えていくくだりである。

Grootboom 事件⁽¹⁴⁾ は、390人の成人と510人の子供からなる集団が、都市部にある非公式の劣悪な居住環境 (満足な屋根もなく、水道やトイレも不足している上、非衛生的であった) の居留地から、少しでもましな生活の場所を求め

(11) これは、日本国憲法27条の「勤労の権利」ではなく、22条の「職業選択の自由」に相当する権利を指して用いられている。

(12) Cass Sunstein, *Against Positive Rights*, 2 *East European Constitutional Review* 35 (1993) 35.

(13) *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR1169 (2001).

(14) 本書では、事実関係の詳細は紹介されていないが、http://www.communitycentre.org.za/localgov/bulletin2001.2001_1_grootboom.php で確認できる。

て、郊外にある政府の低価格住宅建設予定地に移り、土地を不法に占拠したという事件である。結局、彼らは強制退去させられた上に、住んでいた掘建て小屋は燃やされ、所有物も廃棄された。しかも、彼らは元の居留地に戻ることもかなわなかったのである。そこで、集団の一員である Grootboom 夫人が、憲法26条2項で保障される住居へのアクセス権および28条1項cの子供の有する収容施設への権利を根拠(南アフリカ憲法では、日本国憲法25条のような総括的な生存権条項ではなく、個別の分野ごとに「権利」が保障されている)に、州政府に対し生活に不可欠な施設の提供を求めて出訴したのであった。この訴えに対し、南アフリカ憲法裁判所は、政府がこうした緊急事態にある人々を救済できるように緊急の避難所を設置するプログラムを策定する義務を負っている旨判示したのである。サンステインは、この判決をまれにみる名判決であると考えた。そして、単に緊急事態にある者に対する実際的な救済としてだけでなく、こうした住居と食物への憲法上の権利は、日常の政治生活における討議の質を高めるという点で重要な役割を果たすと考え、政治的・経済的権利に対する従来の考え方を180度転換させたのである⁽¹⁵⁾。

このサンステインの反応・転換は、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する憲法をもつ日本の研究者にとっては、いささか滑稽に見えるかもしれない。しかし、日本国憲法の下で同様の事件が起きた場合、最高裁が同内容の判決を下すだろうと胸を張っていえるだろうか。朝日訴訟は、Grootboom 事件ほどひどい事例ではなかったがゆえに、あの最高裁の傍論だったのか? そうでないことは、生存権をめぐるその後の判例の流れを例にあげるまでもなく、われわれ自身がよく知っているはずである。Grootboom 判決は、請求に応じて住居を保障することを憲法が保障していると認めたわけではない。そうではなくて、最悪の環境で生活している人々に緊急の援助を行う基本的な仕組みを整えることを含めた、貧困層に対する一貫性のある整備されたプログラムを政府が策定すべきことを命じるものであった。もちろんこれは、政府の政策立案義務を肯定する点で、日本流の限りなく自由裁量に近い立法裁量論とは質的に異なる。

もっとも、ここで著者が強調しようとしているのは、Grootboom 判決が社会的・経済的権利の保障にとって、いかに重要な意味を持つかということではない。Grootboom 判決は、決して特別に際立った判決ではなく、各国の裁判所がこれまで採用してきた伝統的な法的推論と同じ土壌の上に成り立っている

(15) Cass Sunstein, *Designing Democracy* (O. U. P2001), p. 227.

ということ、したがって、ハイエクやノージックが主張するような、社会的・経済的権利の保障は「自由の喪失」につながるという批判をも容易に回避できるというのが、ここでの著者の主張の眼目である。その点を検証するために、著者はドイツや日本の薬事法判決を参考に、人格権的な側面をもつ（消極的権利としての）「職業への権利」をめぐる各国の判決を詳細に検討しており、いわゆる「第二世代の人権」は決して「第一世代の人権」と異質なものではなく、その延長線上にあること（それゆえ「自由の原理」と矛盾しないこと）を法理論として検証している。ここは、続く「生活必需品への権利」以下の論述と並んで、本書の読みどころのひとつであるが、その論証は各国の判例を縦横に駆使して行われているため、残された紙幅で要約することは不可能に近い。読者のお楽しみということでお詫しをいただきたいと思う。

3 若干の感想

著者のピーティによれば、「カナダ人研究者は、アメリカ人と違い、あまり論文を書かない」そうである。仮にそれが本当であるとすれば、そのことは彼には当てはまらない。彼は著書⁽¹⁶⁾のほかにも、新聞や雑誌への寄稿やリベラルな立場からの社会的発言も多く、カナダでは脂の乗り切った憲法研究者として著名な存在である。日本への関心も非常に高く、国際憲法学会が日本で開催された際には、日本を訪れてもいる。その彼と話をする機会があった際に、私にとってとても意外であったのは、日本では必ずしも評判がいいとはいえない津地鎮祭判決を、ドイツの諸判決と肩を並べるくらいに非常に高く評価している点であった。私がいかに日本社会の文脈において靖国問題がもつ意味を力説しても、「そうした文脈主義でことを論じるのはよくない」といって、私の説明を頑として聞き入れなかった（これは、単に私の英語力の貧しさによるのかもしれない）ことを今でも印象深く覚えている。神道の歴史的役割を強調するあまり、具体的な事件で問題となっている諸要素に目を向けることを怠ってはならない、というのである。

なるほど、津地鎮祭判決の「目的効果論」は、政教分離違反の有無を判断す

(16) たとえば、1995年の *Constitutional Law in Theory and Practice* (Univ. of Toronto Pr.) は、彼の代表的著作のひとつだが、同書でも、比較の対象として日本の最高裁判例（ここでは、森林法判決や定数不均衡判決が取り上げられている）の検討に一節が割かれている。

る基準としては、非常に多くの場合に「政教分離違反なし」という結論を導く可能性がある点で、問題が少なくない。そのため、日本の研究者は、アメリカの判例法理であるレモン・テストを念頭におきつつ、これを批判してきたわけだが、ビーティは日本の最高裁流の「目的効果論」を、そもそも一般的ルールとしての判断基準とは考えず、釣り合いのとれた解決をもたらす上での判断要素の例示といった程度にしか捉えていない。当の判決を書いた裁判官たちがこの評価を目にしたらどう思うかはともかく、これはこれで、日本の研究者にとって新鮮な視点ではないだろうか。もっとも、私自身はそういわれても、津地鎮祭判決を積極的に評価する気にはなれないのだが。

ビーティが本書で強調するのは、この「釣り合い (proportionality)」, すなわち個々の事件に関係している各利益の均衡がとれていること、である。これを、そういう意味での「比例原則」と言い換えてもよいだろう。最終章である第5章は、この「比例原則」の分析にあてられている。すなわち、そこでは 1. 比例原則と逆説 (Proportionality and the Paradox), 2. 比例原則という中立性 (The Neutrality of Proportionality) 2.1 比例原則と私法 (Proportionality and Private Law), 2.2 比例原則と展望 Proportionality and Perspective, 3. 比例原則の論理 (The Logic of Proportionality), 4. 比例原則の正義 (The Justice of Proportionality), 5. 比例原則とプライベート・スクール (Proportionality and Private Schools), 6. 比例原則とプラグマティズム (Proportionality and Pragmatism) という表題の下に、著者年来の主張が総括されているのである。

冒頭に述べたように、本書の主題は「司法審査と民主主義」、すなわち司法審査の民主的正統性の問題である。アメリカ合衆国最高裁の「積極主義」がもたらした論争に対し、いかに応接するか。彼の答えは、上記の意味での「比例原則」を駆使したコモンローの手法による問題解決によって民主的正統性への疑義を回避できるという、ある意味で穏やかなものであった。もとよりこれは、コモンローの伝統が強く残っている社会における提言としては、とても重みがある発言であるに違いない。しかし日本の研究者にとっては、同様の議論がすでにアメリカに存在することを知っているだけに、新鮮味に欠ける可能性がある。しかし本書の魅力は、むしろ、先の津地鎮祭判決の読み方にも示されるような各国の判例についての彼の評価それ自体にあり、それと自らの評価を照らし合わせて本書を読み進めることで、比較憲法の醍醐味と困難さを同時に味わうことができるに違いない。

本稿は、はじめにお断りしたように、主として日本の判例が取り上げられている部分に焦点を当てて、著者の「読み」を紹介するだけにとどまらざるをえなかった。その意味でいえば、本稿は、文字通り本書の一端を紹介しただけにとどまっている。しかし同時に、そのことを通じて、彼の評価が、「日本の現状に無知な海外の研究者の、通り一遍の言及」ではないことを示すことが多少でもできていれば、本書が読むに値する内容を備えていることだけは、お分かりいただけるのではないだろうか。私自身は、本書を、カナダという独特の文化（粗雑に過ぎることを承知で、あえてコミュニタリアンの⁽¹⁷⁾と要約しておく）と「人権憲章」という個性的な憲法典を有する国の生んだ憲法研究者による、第一級の比較憲法的「司法審査と民主主義」論であると思う。

(17) 私には、この多文化主義を背景としたカナダ社会のコミュニタリアンの性格が、著者の「事件に関係する者すべての利益を考慮すべし」という“情熱的”主張に一脈通じているように思えてならない。もっとも、著者自身は、自覚的なコミュニタリアンではなく、以上の点は、私の単なる印象発言にとどまるが。ちなみに、カナダ憲法（学）のコミュニタリアンの性格については、いずれ検討してみたい課題である。