

# アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (4)

福 永 実

はじめに

## 第1章 制定法解釈と立法資料の史的展開

### 第一節 序論

第二節 イギリスにおける制定法のエクイティ (equity of the statute)

第三節 建国期における制定法解釈 (~ 1790 年代)

第四節 テクスチュアリズムの生成と確立 (1800 ~ 1850 年代) (以上、広島法学 38 巻 3 号)

第五節 インテンショナリズムの勃興 (1860 ~ 1920 年代)

第六節 リーガル・リアリズムと制定法解釈 (1930 ~ 1940 年代) (以上、広島法学 39 巻 1 号)

第七節 行政国家の確立と制定法解釈 (1940 年代)

第八節 リーガル・プロセス理論と制定法解釈 (1950 ~ 1970 年代)

第九節 (ニュー・) テクスチュアリズムの再生 (1980 年代~) (以上、広島法学 39 巻 2 号)

## 第2章 制定法解釈の方法

### 第一節 序論

1 検討の手順・範囲について

2 制定法解釈の理論的正当性及び解釈価値

### 第二節 インテンショナリズム

1 概論

2 インテンショナリズムの理論的正当性

3 インテンショナリズムの解釈価値

4 インテンショナリズムへの批判

5 インテンショナリズムの応答 (以上、本号)

## 第2章 制定法解釈の方法

### 第一節 序論

#### 1 検討の手順・範囲について

本章では、アメリカにおける主要な制定法解釈方法論について、立法資料の利用をめぐる公法的諸問題の解明の視点から検討を進める。

なお、以下の留意点を予め指摘しておきたい。

第一に、本稿が取り上げる制定法解釈方法論はインテンショナリズム（第二節）、パーポズイビズム（第三節）、ニュー・テクスチュアリズム（第四節）に限定しており、プラグマティズムやコンテクスチュアリズムといった方法論については立法資料論との関連性の薄さから取り上げていない<sup>(1)</sup>。

第二に、紙片の都合上、各解釈方法論と親和的とされる無数の判例・裁判例を、条文及びその解釈のされ方と共に網羅的に取り上げることはせず、判例は原則として解釈方法論の内容を理解するために必要な限度で引用することとし、主として解釈方法論そのものの理論的検討に留めている。

第三に、各解釈方法論を比較するための通覧性を確保するために、原則として以下の手順で検討を進める。まず個別の解釈方法論の概要、その理論的正当論（法形式論、規範論、制度論）、及び各解釈論が実現する解釈価値を分析した後に、各解釈方法論に対する理論的批判とその応答を取り上げる。なお必要な限りで実証研究に触れる場合がある。

## 2 制定法解釈の理論的正当性及び解釈価値

上述の制定法解釈の法形式論、規範論、制度論、及び解釈価値論とは、次の通りである。

### （１）制定法解釈の法形式論（フォーマリズム）

制定法解釈の法形式論とは、制定法解釈論の正統性を憲法から導き出そうとする議論である。とりわけアメリカにおいて制定法解釈につき憲法が意識されるのは次の理由による。

第一に、憲法論は当然のことながら制定法解釈に伴って惹起されるから、制定法解釈でも司法審査にまつわる関心が寄せられやすい。

第二に、選挙を経ない裁判所が人民の代表の政治的決定を覆す違憲審査制の民主的正統性の問題、いわゆる反多数派（決）主義という難題

---

(1) これらはパーポズイビズムの一形態と捉えることも許されよう。

(*countermajoritarian difficulty*) は、制定法解釈においても起こり得る。制定法解釈に際しての民主的正統性の問題は、これまで裁判所が法形成的な法解釈 (*judicial law making*) を行う場合の問題として取り上げられてきたが、裁判所が多数派の理解ではなく少数派の理解に依拠して法解釈を行うという意味での民主政的問題も、違憲審査制の陰にあって見えにくい制定法解釈でも同じよう出現するのである<sup>(2)</sup>。

我が国と比べれば、アメリカ公法学では制定法解釈の反多数派主義の難題への関心はとりわけ高い。例えば Peter L. Strauss は 1950 年代の Kenneth C. Davis の論文を引用しながら、裁判官が制定法の制定当時の文脈を参照することなく、法の文言解釈に託けて司法独自の抽象的論理に基づき解釈するならば、かつての実体的デュー・プロセス期のように裁判官が民主的解釈 (*democratic exegesis*) を無視した解釈を採る危険性があることを指摘する<sup>(3)</sup>。

このようにアメリカにおいて制定法解釈につき憲法や民主政の問題が意識されるのは、日本と比べると特徴的である。

## (2) 制定法解釈の規範論 (忠実な代理人モデル)

制定法解釈の規範論とは、制定法解釈を行う「裁判所の役割」をどのように措定するかに関する理論である。アメリカでは伝統的に、民主政下において「司法権 (*judicial Power*)」が制定法解釈を行うことそれ自体の正統性は、立法権の優越 (*legislative supremacy*) 概念、又は忠実な代理人 (*faithful agent*) モデルの下で説明されてきた<sup>(4)</sup>。即ち、憲法構造上、法形成の作用は議会のみが担うのであり、制定法解釈に際して裁判所は議会の代理人として議会の

---

(2) Victoria F. Nourse, *The Constitution and Legislative History*, 17 U. Pa. J. Const. L. 313 (2014), at 318-322. 宇佐美誠「立法者意思の再検討」中京法学 34 卷 3・4 号 (2000 年) 279～280 頁参照 (民主制からの議論)。

(3) Peter L. Strauss, *When the Judge Is Not the Primary Official with Responsibility To Read: Agency Interpretation and the Problem of Legislative History*, 66 Chi.-Kent L. Rev. 321 (1990), at 343-46 (quoting Kenneth C. Davis, *Legislative History and the Wheat Board Case*, 31 Can. B. Rev. 1 (1953), at 12).

意思を忠実に実現するのみで、自身の意思を述べるのではない、との想定である。

従ってこの忠実な代理人モデルも、裁判所に対し自己の価値判断よりも議会の価値判断の優先を求める点で、制定法解釈の民主的正統性と同様の関心を抱くものである<sup>(5)</sup>。但し、立法部をどのような存在として措定し、それに応じて裁判所をどのような代理人として措定するかについては、個々の解釈理論により異なる。忠実な代理人モデルを超えて、裁判所を議会の協調的パートナーと措定する見解もある（第三節）。

### （３）制定法解釈の制度論

制度に着目した比較分析手法は現代アメリカ法学の一つの潮流であり、いわゆる制度論的転回（*Institutional Turn*）論も、その一つである<sup>(6)</sup>。制定法解釈の制度論とは、上述の法解釈方法の形式論ないし規範論を重視せず、実証研究も踏まえながら法解釈者の制度論的能力及び相互作用に即して制定法解釈の方法を構想するものである<sup>(7)</sup>。

但し制定法解釈の制度論は必ずしも最近の事象という訳ではない。例えば Roscoe Pound は 1908 年の論文「コモン・ローと立法」において、コモン・ロー

---

（４） Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 Harv. L. Rev. 405 (1989), at 415; Jane S. Schacter, *Metademocracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation*, 108 Harv. L. Rev. 593 (1995), at 594.

（５） Jonathan T. Molot, *Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power over Statutory Interpretation*, 96 Nw. U. L. Rev. 1239 (2002), at 1245, 1251-52.

（６） See, e.g., Neil K. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* (1994).

（７） Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation* (2006), at 29-31. 邦語文献としては、藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説 - アメリカ法における「立法」の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究 7 号 (2010 年) 179 ~ 188 頁、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回 (1)」民商法雑誌 140 巻 1 号 (2009 年) 39 頁参照。

ではなく制定法を解釈する裁判官の能力の問題を問い、また 20 世紀初期の実体的デュー・プロセス論争では経済立法に対する裁判所の解釈能力が問われてきた。制度論を最も意識した解釈方法論は、1950 年代のリーガル・プロセス論である (第三節)。

本稿はその主題的限定から制定法解釈者としては裁判官を念頭に置くが、議会や行政機関の制度論も比較の素材として取り上げることがある。

#### (4) 解釈価値 (interpretive value) 論

以上の理論的正当論 (法形式論、規範論、制度論) の議論と異なり、解釈価値論は個々の解釈方法論がどのような価値ないし目的の実現に寄与するものか、という角度から、制定法解釈方法論の相対的優劣を決定しようとする議論である。

William N. Eskridge, Jr. によれば、これまで主要な解釈価値として法の支配、民主的正統性、プラグマティズムの三つが伝統的に整理されてきた<sup>(8)</sup>。法の支配の価値は、解釈者の属性を問わず法解釈に一貫性 (継続性) と客観性、中立性を要請し、また制定法の意味や権利義務関係について市民の予測可能性 (公正な告知) の確保を求める<sup>(9)</sup>。民主的正統性の価値は、選挙を経た立法部の政治的意思決定の意向に合致する解釈論を要請し<sup>(10)</sup>、プラグマティズムの価値は、究極的に解釈の帰結が公共善に資することを要請する<sup>(11)</sup>。その

(8) William N. Eskridge, Jr., *No Frills Textualism*, 119 Harv. L. Rev. 2041 (2006), at 2043. See also William N. Eskridge, Jr., *Expanding Chevron's Domain: A Comparative Institutional Analysis of the Relative Competence of Courts and Agencies to Interpret Statutes*, 2013 Wis. L. Rev. 411, at 416; William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey & Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation* (2d ed. 2006), at 220. 我が国の行政法解釈における解釈価値論に言及するものとして、塩野宏「行政法と条文」『法治主義の諸相』(有斐閣、2001 年) 42 頁参照。

(9) 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第一巻』(有斐閣、1970 年)(初出 1968 年) 11 頁参照。

(10) 宇佐美誠「立法者意思の再検討」前掲註 (2) 279 頁。

他に衡平性（equity）、透明性、熟慮ある審議の促進性、判断の容易性（経済性）、専門性といった目標とすべき価値も考えられよう<sup>(12)</sup>。

## 第二節 インテンショナリズム

### 1 概論

オリジナリズム（originalism）は、制定法解釈の目的を制定法を制定した議会の主観的意思を明らかにすることと考える立場であり<sup>(13)</sup>、その具体的方法として、条文だけでなく立法資料の参照を積極的に許容するのがインテンショナリズム（intentionalism：議会意思主義）である<sup>(14)</sup>。インテンショナリズムに好意的な論者は、最高裁判事では Stephen Breyer や John Paul Stevens<sup>(15)</sup>、法学研究者では James J. Brudney<sup>(16)</sup>、公法学者では Peter L. Strauss<sup>(17)</sup>、Victoria F. Nourse<sup>(18)</sup>、Mark Seidenfeld らがいる<sup>(19)</sup>。

インテンショナリズムも子細に見れば理論構成に相違がある。法とは立法

---

(11) William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation* (Harvard University Press, 1994), at 34.

(12) Thomas W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 Wash. U. L.Q. 351 (1994), at 373-74.

(13) 我が国でいう立法者意思説に相当する見解である。田中成明『現代法理学』（有斐閣、2011年）471頁。

(14) インテンショナリズムと区別すべきオリジナリズムの方法論として、制定法の制定当時の立法者の意思を探求する際に、当該解釈問題を立法者がどのように考えていたかを仮定的に想像する立場（想像的再構成理論）がある。本章第三節参照。

(15) John Paul Stevens, *Judicial Predilections*, 6 NEV. L.J. 1 (2005), at 1-2; *Koons Buick v. Nigh*, 543 U.S. 50 (2004), at 66-65 (Stevens, J., joined by Breyer, J., concurring). See generally, Charles Tiefer, *The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court*, 2000 Wis. L. Rev. 205.

(16) James J. Brudney, *Congressional Commentary on Judicial Interpretation of Statutes: Idle Chatter or Telling Response?*, 93 Mich. L. Rev. 1 (1994).

(17) Peter L. Strauss, *The Courts and the Congress; Should Judges Disdain Political History?*, 98 Colum. L. Rev. 242 (1998).

者意思であり、文言も立法者意思を認識するための補助的道具に過ぎないとする立場 (strong intentionalism) も考え得る。この立場は、議会多数派は法案可決に際して法案添付資料の具体的内容を十二分に把握して行動したとの直感的想定の下で、立法資料の法源的権威性を承認する。

しかし裁判実務及び主要な制定法解釈学説が想定するインテンショナリズムは、より穏健な方法論である。即ち後述の通り、一般に制定法の文言は様々な理由で曖昧 (ambiguity) であるから、制定法解釈の妥当性を図るため、文言解釈に続けて立法資料を「確認的に (confirmatory)」用いる立場である (weak intentionalism)<sup>(20)</sup>。

例えば Breyer 判事は、制定法解釈において立法資料の利用が有用な場面として、①条文をそのまま適用すると非常識な結果が生じる場合、②立法技術的な誤りがある場合、③専門技術的用法など用語の特殊な意味を明らかにする場合、④条文が奉仕すべき制定法の合理的目的を確定する場合、⑤政治的に議論のある複数の解釈の中から一つの合理的解釈を選択する場合、を挙げ

(18) インテンショナリズムの方法論として、制定法解釈は文言の形成過程や議会が採用した立法手続 (法) から考察されるべきとする立法過程決定理論 (Legislative Decision Theory) を提唱する。Victoria F. Nourse, *A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules*, 122 Yale L. J. 70 (2012), at 89-90.

(19) 議会の立法形成と裁判所の法解釈との間には法の意味の認識について方法論的相違があるため、裁判所が自身の解釈と議会の理解との間に legislative process failure が生じたと理解した場合に、この失敗を補正するため、制定法に立法資料の内容が盛り込まれなかった合理的理由が見出される場合に限りインテンショナリズムを採用すべきと主張する。Mark Seidenfeld, *A Process Failure Theory of Statutory Interpretation*, 56 Wm. & Mary L. Rev. 467 (2014), at 487-88, 508-510.

(20) See generally James J. Brudney, *Confirmatory Legislative History*, 76 Brook. L. Rev. 901 (2011); Patricia M. Wald, *The Sizzling Sleeper: The Use of Legislative History in Construing Statutes in the 1988-89 Term of the United States Supreme Court*, 39 Am. U. L. Rev. 277 (1990), at 282, 289-94; Robert A. Katzmann, *Statutes*, 87 N.Y.U. L. Rev. 637 (2012), at 670; Strauss, *supra* note 17, at 250; Seidenfeld, *supra* note 19, at 483-84, 486.

ている<sup>(21)</sup>。後述するように（第四節）、①から③についてはニュー・テクスチュアリズムも立法資料の利用を許容する場合があるので<sup>(22)</sup>、具体的に立法資料の利用をめぐる理論的対立が生じる場面は④と⑤である。そして Breyer によれば④と⑤の場合にこそ、法文による解釈の後に立法資料を確認的に利用する意義が見出される。このことは見方を変えれば、インテンショナリズムは文言のみを法解釈の決定要因とすることに消極的である。

## 2 インテンショナリズムの理論的正当性

以下では、制定法解釈としてインテンショナリズムを採用すべき理論的根拠を検討する。

### （１）インテンショナリズムの法形式論

インテンショナリズムは、憲法論として「立法権」に関し以下のように主張する。

（a）第一は、合衆国憲法第 1 編（Article I）の下で議会が立法権の一環として行使する自己組織編成権（Congress's powers of self-organization）に着目する見解である。

合衆国憲法第 1 編は、両院それぞれに議事規則制定権を授権するとともに（第 5 節第 2 条）<sup>(23)</sup>、両院に議事録作成・公表義務を課している（第 5 節第 3 条）<sup>(24)</sup>。これら第 5 節の権力は、各院が他の統治機関の干渉を受けることなく立法過程を自ら構想し、かつ統御するために認められた権力である。従って両院が当該権力を行使して下部機関（委員会）を組織し、所定の立法手続

---

(21) Stephen Breyer, *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, 65 S. Cal. L. Rev. 845 (1992), at 861. See also Katzmann, *supra*, at 669-70.

(22) 例えば Scalia は、法文にのみ従うと明らかに非常識な結果となる場合に限って立法資料を利用することを許容する。Green v. Bock Laundry Mach. Co., 490 U.S. 504 (1989), at 527 (Scalia, J., concurring).

(23) U.S. Const. art. I, s 5, cl. 2.

を経て法の見解を公表することは当然合憲であり、憲法も立法資料の存在を予定している。そこで上下両院が委員会を通じて作成・公表した資料（法の見解）は、立法部が憲法上の権力を行使して選択した所産であるから、少なくとも裁判所は制定法の意味を理解する上でこれを無視することは許されない<sup>(25)</sup>。

(b) 第二は、立法過程の特殊な分権構造を背景に、議会から専門委員会に対する立法権の委任（*deregetion*）を見出す見解である<sup>(26)</sup>。

前章第 7 節で見たように、ニュー・ディール期から第二次大戦期にかけ、立法能力の欠落からアメリカ連邦議会は立法形成作業を行政機関の専門性に依存していた時期があり、リーガル・リアリズムも当初はそのような統治構造を是認してきた。しかし第二次大戦が終結すると行政部の肥大化が政治現象として自覚されるようになり、制定法解釈論においても Jackson 判事や Frankfurter 判事らによって過度な行政国家化への懸念が呈されてきた。

この状況に対して、連邦議会は立法機構としての専門性を再構築すべく、議会組織改革法（*Legislative Reorganization Act of 1946*）を制定して常設委員会の設置と常勤専門スタッフの配属などの下部組織変革を行った<sup>(27)</sup>。その後も委員会の再編成や常勤専門スタッフの増員が継続的に行われ、1970 年の改革法（*Legislative Reorganization Act of 1970*）を経て、委員会制度は高度に組

(24) U.S. Const. art. I, s 5, cl. 3. 議事録の公開は立法過程の透明性の確保、議員の選挙民への説明責任の担保、公的文書を公開することによる公共精神の醸成とともに、議員自ら立法過程を承知することにあつたとされる。See James J. Brudney, *Canon Shortfalls and the Virtues of Political Branch Interpretive Assets*, 98 Calif. L. Rev. 1199 (2010), at 1218-24.

(25) See Brudney, *supra* note 20, at 913; Nourse, *supra* note 2, at 326-29, 331-32, 334-45; John C. Roberts, *Are Congressional Committees Constitutional?: Radical Textualism, Separation of Powers, and the Enactment Process*, 52 Case W. Res. L. Rev. 489 (2001), at 527-28, 547.

(26) Brudney, *supra* note 16, at 32-35, 40, 45-46; Roberts, *supra*, at 553; Strauss, *supra* note 3, at 347. Victoria F. Nourse によれば、自己委任論の憲法上の根拠は議事規則制定権（合衆国憲法第 1 編第 5 節第 2 条）である。Nourse, *supra* note 2, at 343.

織化された専門的中立的な官僚組織機構の地位を確立するに至った<sup>(28)</sup>。

こうして、立法交渉の主戦場は議場から個別の専門委員会に移行し、また交渉対象は法文表現だけでなく、法案に付随して作成される立法資料の内容にも及ぶに至った。このように連邦議会が委員会という分権化された専門的制度を通じて立法作用をガバナンスしている実態を実証的に観察すれば、立法部が委員会に立法の立案だけでなく、その意味を明示する権限を自己委任（self-delegation）していると理論的に考えることができる<sup>(29)</sup>。従って裁判所は、立法過程の重要な構成要素（立法資料）を参照すべきである。

委任論は Stevens 判事も立法資料を参照する際の根拠としている。Bank One Chi. v. Midwest Bank & Trust Co., 516 U.S. 264 (1996) において、Stevens 判事は同意意見（Breyer 判事も参加）において次のように述べた<sup>(30)</sup>。

「促進的基金利用可能法（Expedited Funds Availability Act）が両院で簡単に可決された法案

---

(27) 当時、Harry W. Jones は、立法活動の端緒としての行政機関による法案作成活動の恒常化を前提に、委員会が専門職員を備えることで行政機関の提案の審査機能を高める点に改革法の利点を見出していた。Harry W. Jones, *Drafting of Proposed Legislation by Federal Executive Agencies*, 35 A.B.A. J. 136 (1949), at 137.

(28) Breyer, *supra* note 21, at 858-59; Nicholas R. Parrillo, *Leviathan and Interpretive Revolution; The Administrative State, the Judiciary, and the Rise of Legislative History, 1890-1950*, 123 Yale L.J. 266 (2013), at 338-39; Jarrod Shobe, *Intertemporal Statutory Interpretation and the Evolution of Legislative Drafting*, 114 Colum. L. Rev. 807 (2014), at 849-850.

連邦議会改革及び委員会制度の歴史的形成過程については、See Brudney, *supra* note 24, at 1217-24; Roberts, *supra* note 25, at 543-549. 邦語文献では廣瀬淳子『アメリカ連邦議会－世界最強議会の政策形成と政策実現』（公人社、2004年）44～45、125～150頁参照。

(29) Frank B. Cross, *The Theory and Practice of Statutory Interpretation* (2009), at 36, 67-69; Roberts, *supra* note 25, at 543; Wald, *supra* note 20, at 306.

(30) Bank One Chi. v. Midwest Bank & Trust Co., 516 U.S. 264 (1996), at 276-77 (Stevens, J., *concurring*); See also *W. Va. Univ. Hosps. v. Casey*, 499 U.S. 83 (1991), at 115 (Stevens, J., *dissenting*).

であった事実からすれば、Scalia 判事が、議員のほとんどが法の起草資料 (drafting history) を認識していることは有りそうもない、と述べるのは極めて正当である。ただ彼がその観察から、良心に従う私心のない裁判官が制定法の意味を認識しようと努める際に起草資料が役立つことはない、と結論付けるのは全く誤っている。」「議員は、その他の多忙な人々 (busy people) と同じように、その職務上の責任を果たす際、信頼の置ける同僚の判断にしばしば依拠するのである。促進的基金利用可能法のような制定法が超党派から支持を受け、当該テーマに精通した委員会によって慎重に考究されてきたのであれば、両院の議員は投票時に委員会メンバーの見解を適切に頼りにするだろう。そのような状況において、多くの議員は責任ある委員会の見解を進んで是認するから、起草過程に関与した者の意思は議会全体の意思とみなすのが適切である。」

Stevens 判事のこの多忙論 (theory of busy people) は、後述のインテンショナリズムの制度論的視点を内包するものといえよう。

(c) その他、合衆国憲法の制定法成立要件に注目する見解もある。合衆国憲法第 1 編第 7 節第 2 条は、「下院及び上院を通過したすべての法律案は、法律となる前に、合衆国大統領に送付されなければならない。大統領は、それを承認する場合にはこれに署名をし、承認しない場合には、これを拒否理由を添えて法律案が先に可決された議院に差し戻す。その議院は、その拒否理由を議事録にそのまま記載し、再議に付すことができる。その再議の結果、その議院の 3 分の 2 の多数が法律案可決に合意すれば、法律案を拒否理由を添えて他の議院に回付する。回付を受けた議院が、同様に再議の結果 3 分の 2 の多数でその法律案を承認すれば、それは法律となる…。」と規定する<sup>(31)</sup>。

後述するように憲法が法案の両院での可決と大統領への送付といったハードルを設けた趣旨の一つは立法過程の熟慮を確保することにあるから<sup>(32)</sup>、憲

(31) U.S. Const. art. I, s 7, cl. 2. 訳出は松井茂記『アメリカ憲法入門 (第 7 版)』(有斐閣、2012 年) 435 頁に依った。

(32) 制定法成立要件を主たる憲法上の根拠として着目するのはニュー・テクスチュアリズムである。John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute*, 101 Colum. L. Rev. 1 (2001), at 72-73. Manning, *infra* note 70, at 708-709.

法自体も法解釈機関が立法過程の熟慮の記録＝立法資料を参照することを許容している<sup>(33)</sup>。

## （２）インテンショナリズムの規範論（忠実な代理人モデル）

インテンショナリズムが想定する「忠実な代理人」の役割は、制定法を制定した議会の主観的な立法者意思を可能な限り再現することにある<sup>(34)</sup>。このモデルによれば、裁判官は、（上記の憲法論と重複するが）立法形成過程において交渉と妥協を経て創出され、また議員が投票時に信頼に足るものとして利用する資料については議員の選好を示すものとして敬意を払うべきである<sup>(35)</sup>。

また少なくとも、裁判官が自ら選択した法解釈の妥当性を確認したり論証性を持たせるために、立法資料を含め参照すべきものは全て参照することは、たとえ法文の意味が明白であったとしても、当然に裁判官の職責となる<sup>(36)</sup>。

「立法者」の実際の認識という点では、Abbe R. Gluck と Lisa Schultz Bressman による最近の実証研究が興味深い。Gluck と Bressman が議員法律顧

---

(33) William N. Eskridge, Jr., *Textualism, The Unknown Ideal?*, 96 Mich. L. Rev. 1509 (1998), at 1528.

(34) John F. Manning, *Inside Congress's Mind*, 115 Colum. L. Rev. 1911 (2015), at 1914.

(35) Brudney, *supra* note 16, at 45-46; James J. Brudney, *Faithful Agency versus Ordinary Meaning Advocacy*, 57 St. Louis U. L.J. 975 (2013), at 993, 995; Breyer, *supra* note 21, at 863-64; Victoria F. Nourse, *Elementary Statutory Interpretation: Rethinking Legislative Intent and History*, 55 B.C. L. Rev. 1613 (2014), at 1618; Nourse, *supra* note 18, at 78, 141.

(36) Wald, *supra* note 20, at 301-303; Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 Va. L. Rev. 423 (1988), at 468-69; Otto J. Hetzel, *Instilling Legislative Interpretation Skills in the Classroom and the Courtroom*, 48 U. Pitt. L. Rev. 663 (1987), at 684; Brudney, *supra* note 20, at 911; Katzmann, *supra* note 20, at 661, 670; Victoria Nourse, *Misunderstanding Congress: Statutory Interpretation, the Supermajoritarian Difficulty, and the Separation of Powers*, 99 Geo. L.J. 1119 (2011), at 1124-25; Strauss, *supra* note 17, at 247-48, 250, 253-56, 262-63. 宇佐美誠「立法者意思の再検討」前掲註（２）279～280頁（権力分立からの議論）参照。

問 (legislative counsel) や委員会法律顧問 (committee counsel) など 137 人の上下両院の立法スタッフに対し、解釈準則や立法資料、行政解釈の尊重法理、立法過程等の意識調査を行った制定法起草過程に関する実証研究に寄れば、議会の立法スタッフの 9 割近くが、裁判所の制定法解釈について法文に次ぐ重要な情報源は立法資料であると認識していること、また立法資料から制定法の目的、法文の意味、立法者が予測不能な将来の事態への対処のガイドラインを裁判所が読み取ることが望ましいと考えているとされる<sup>(37)</sup>。

### (3) インテンショナリズムの制度論

#### (a) 戦略的曖昧性論

インテンショナリズムは、議会が制度論的に立法資料を作成せざるを得ないこと、これを受けて専門家である議員スタッフ及び専門委員会が有用な立法資料を作成する能力があることを措定する。また裁判官については、制定法の法文解釈のみを通じて紛争を解決する能力に（行政機関と比較して）乏しいが、他方で立法資料については証拠法として適確に、かつ誠実に評価する能力があることを措定する<sup>(38)</sup>。これらの制度論のうち、インテンショナリズムが暗黙裏に強調するのは第一の点である。

法解釈に際して立法資料を参照する必要性が生じるのは、制定法の文言が一義的でない場合があるからであるが、ではなぜ制定法の文言は曖昧となるのか。一般にその原因は、①立法者の意図せざる見落としの場合、②予見し得ない社会的環境変化に対処するため、議会が専門家（裁判所及び行政機関）に対処を（明示的又は黙示的に）委任する場合（Chevron 判決）が考えられる（第五節）。そのため、解釈者（裁判所及び行政機関）は立法資料を参照し、

(37) Abbe R. Gluck & Lisa Schultz Bressman, *Statutory Interpretation from the Inside: An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and The Canons: Part I*, 65 Stan. L. Rev. 901 (2013), at 970-971, 975.

(38) Harry Willmer Jones, *Extrinsic Aids in the Federal Courts*, 25 Iowa L. Rev. 737 (1940), at 751.

そこから制定法の目的、法文の意味、立法者による解釈ガイドラインを読み取ることを望ましい。

更に制定法の文言が曖昧である原因として、③制定法を通過させるための戦略的交渉の結果である場合がある<sup>(39)</sup>。議会は裁判所と異なり多人数で組織されているため、あるいは憲法上及び議会手続法上様々な交渉プロセスを経る必要があるため、多数決で合意を形成することが困難であるという制度論的特徴を有する<sup>(40)</sup>。従って、法案作成の段階であらゆる法的問題を明確な文言表現によって確定しておこうとすると利害関係者の対立が激化し、法案審議が著しく遅延するばかりか、法案の議場提出自体が困難となるおそれがある。そこで政治的妥協として制定法の文言を意図的に一般的抽象的なものにとどめつつ、個々の判断を行う裁判所及び行政機関に向けて解釈の指針を立法資料に整理しておく必要が生じるのである（戦略的曖昧性論）<sup>(41)</sup>。

このように、戦略的曖昧性論は合意を形成することが困難であるという議会の制度論的特徴から法文の曖昧さを帰結することの合理性を説くものである。

更に戦略的曖昧性論は議論の有用性を次のように展開する。第一に、制定法の文言を一般的抽象的なものにとどめ、詳細を別に資料化することで、結果的に多くの公的問題に審議時間を割くことが可能となり、立法過程の進行を統御し、法形成の生産性全体を向上させることが可能となる<sup>(42)</sup>。Brudneyによれば、議会の立法資源には限界がある一方で、法制化が検討されるべき現代的課題は増加の一途にあり、立法過程の効率性はそれ自体ますます重要な価値と認識されつつある。従って戦略的曖昧性論は立法活動の最適性確保

(39) Shobe, *supra* note 28, at 815, 866; William D. Popkin, *Statutes In Court; The History and Theory Of Statutory Interpretation* (Duke University Press, 1999), at 249-250. Matthew C. Stephenson, *Legislative Allocation of Delegated Power : Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts*, 119 Harv. L. Rev. 1035 (2006), at 1036-37.

(40) Nourse, *supra* note 36, at 1128; Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 974.

(41) Brudney, *supra* note 16, at 21-32, 37-39; Breyer, *supra* note 21, at 872.

(42) *Id.*

を視野に収めるものである<sup>(43)</sup>。

第二に、立法資料は利益集団が自派に有利な解釈を埋め込むための技術ではなく、政治的調整の技術である<sup>(44)</sup>。政治集団は自派に有利な明確な法文を避けて、各派が妥協できるように曖昧な法文表現で妥結するのである。Nourse によれば、法文の曖昧さは立法技術上合理的であるだけでなく、憲法上も有徳的 (virtuous) ですらある<sup>(45)</sup>。

#### (b) 立法資料の機能

こうした制度論から見た場合、立法資料に見出される機能は、その読み手に即して次のように整理できよう。

第一は、議員及びそのスタッフに対する機能である。この場合、立法資料は法案可決のために同僚議員を説得するための宣伝機能及び教育機能を有するほか、法文表現をめぐる政治的妥結内容の証拠となり、あるいは政治的交渉を推進する機能を果たす。また立法スタッフに対しては、旧法ないし類似法の制定経過を知るための資料的機能を確保する<sup>(46)</sup>。

第二は、裁判所に対する機能である。立法技術上、制定法の文言のみでは立法者意思を正確に表現しきるのが困難であるため、正確を期して立法資料が作成される場合もある<sup>(47)</sup>。従って立法資料は、裁判所が制定法解釈をするに際しガイドラインを示す機能を有する。

第三は、制定法の適用を受ける市民に対するガイドライン機能である。但し、利益集団ないし選挙民向けの政治宣伝的機能を果たすに過ぎない場合もある<sup>(48)</sup>。

(43) Eskridge, *supra* note 11, at 233.

(44) Popkin, *supra* note 39, at 250.

(45) Nourse, *supra* note 36, at 1128-1133.

(46) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 972-73; Seidenfeld, *supra* note 19, at 498-99.

(47) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 970-71, 973-74.

(48) *Id.* at 973.

第四は、行政機関に対する機能である。立法資料は、行政機関の制定法解釈（行政解釈）と執行に影響を与えるため、行政統制の手段として役立つ<sup>(49)</sup>。（c）従来の制定法解釈論では裁判所と議会との関係に焦点が当てられ、インテンショナリズムの合理性は主として法形式論及び規範論の観点から論じられてきた。しかし制度論からインテンショナリズムを捉え直す場合、立法資料には被規制者、更には行政機関の法解釈の指針としての機能も期待される。公法学からはこの点に留意が必要となろう。

問題は、立法者及び立法スタッフ、解釈者（裁判所）の所定の能力に対するインテンショナリズムの制度論的諸前提について、後述するように懐疑的評価が加えられていることである（→4）。

### 3 インテンショナリズムの解釈価値

#### （１）法の支配

Landis らが主張したように、1930～40年代のリーガル・リアリズムがインテンショナリズムを提唱した根拠の一つは、解釈者（裁判官）の主義・思想が多様であることを踏まえれば、文理のみならず立法資料を踏まえてこそ客観的で中立的な解釈が可能となる、とする点であった<sup>(50)</sup>。ニュー・テクスチュアリズムが好意的な解釈準則とは異なり、立法資料は実際に存在する<sup>(51)</sup>。

また制定法の被規制者も、立法資料が存在することで法の適用関係をより予測する機会が増える。

#### （２）民主的正統性

また Landis らリーガル・リアリストの危惧は、実体的デュー・プロセス論争を背景に、当時の保守的な裁判官が立法者意思の名の下に自己の主観に基

---

(49) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 972; Katzmann, *supra* note 20, at 659-60.

(50) See Brudney, *supra* note 20, at 902. なお前田達明「法解釈方法論序説」民商法雑誌 146 巻3号（2012年）300頁参照。

(51) Popkin, *supra* note 39, at 250.

づいた解釈を行うことにあった。選挙のない裁判官の法解釈が民主政にとり危機的意味を持つ可能性は、憲法解釈の場合も制定法解釈の場合も同じである。そこで裁判官の制定法解釈をより民主政的に正統と評価するためには、政治的責任を有する統治機関の慣行になるべく沿うことを求めるべきであり、これにより議会の意思に合致した制定法解釈を期待することができる<sup>(52)</sup>。

### (3) プラグマティズム

立法資料を精査することで時代即応的な制定法解釈を導き、制定法を実効的に機能せしめる効果も期待できる<sup>(53)</sup>。例えば Breyer は、制定法の解釈の善し悪しは当該解釈が制定法を適用される者の合理的期待と調和することで正義が実現されるかという、ある種のプラグマティズムな価値に基づいて判断されるべきであるとし、委員会中心主義の下で議員や立法スタッフ、制定法の執行を担う行政機関、被規制者集団が立法形成過程に参画する現状を肯定的に評価した上で、司法部が立法資料を参照することは彼らの合理的な期待に添うから望ましいとの認識を示している<sup>(54)</sup>。

### (4) インテンショナリズムと立法過程

前述の通り、インテンショナリズムは立法過程に効率性をもたらす。即ち立法資料は、(とりわけアメリカに固有の事象とも言えるが) 立法過程において各議員により無数に法案が提案される実態に即して、増加し続ける公的課題を処理するために審議時間を管理し、政治的妥結を図る立法資源節約ツールとしての役割を有する。

これに対し、立法過程の効率化のためには、立法資料の利用以外にも (Chevron 判決の法理を前提に) 行政機関に制定法解釈の第一次的責任を委ねる考え方もあり得る。しかし Chevron 判決を前提にしたとしても、立法者自身が行政機関の制定法解釈を立法資料の拘束の下に置く意図の場合もあるの

(52) Katzmann, *supra* note 20, at 669, 681; Nourse, *supra* note 18, at 85.

(53) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 296.

(54) Breyer, *supra* note 21, at 847, 856.

で、立法資料の効率的価値は失われない<sup>(55)</sup>。

また、仮に裁判所が立法資料を参照しないで立法者意思と異なる制定法解釈を行った場合、立法部は判決を無効（congressional override）にすべく法改正の必要に迫られるが、その分だけ他の有意義な政策を立法化する機会を妨げられる結果となる。従ってこのような問題を避ける上で、立法資料を裁判所が利用することも効率的である<sup>(56)</sup>。

#### （５）インテンショナリズムと司法過程

紛争当事者が立法資料を援用して主張を戦わせている場合に裁判所が立法資料の内容に真摯に対応して判決を下すことは、裁判所のアカウントビリティを高め、その思考過程の透明性を確保し、更には真実発見にも資する<sup>(57)</sup>。

更に、複雑で専門性の高い領域の制定法の場合、裁判官は立法資料から専門性を獲得することもできる。Brudney と Corey Ditslear の実証研究によれば、特に租税法のような専門技術的性格が濃く、党派的性格がさほど強くない分野の制定法解釈においては、専門知識を得るために裁判官は立法資料を利用する傾向が強いとされる<sup>(58)</sup>。

#### （６）インテンショナリズムと行政過程

アメリカ行政法学でも、制定法の「第一義的かつ主要な」解釈機関は裁判所ではなく、むしろ所管行政機関であるとの認識は共有されている。そして前述のように、立法資料は読者として行政機関を想定する場合がある<sup>(59)</sup>。実際、Gluck と Bressman の実証研究に寄れば、立法スタッフは制定法の文言の曖昧

---

(55) Brudney, *supra* note 16, at 39; Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 Colum. L. Rev. 2071 (1990), at 2109.

(56) Seidenfeld, *supra* note 19, at 504-505; Brudney, *supra* note 16, at 40, 46-47.

(57) Brudney, *supra* note 20, at 912.

(58) James J. Brudney & Corey Ditslear, *The Warp and Woof of Statutory Interpretation: Comparing Supreme Court Approaches in Tax Law and Workplace Law*, 58 Duke L.J. 1231 (2009), at 1261-65, 1283-91. しかも議場討論や両院報告書よりも、より専門性ある意見が述べられている委員会報告書を重視する傾向があるという。

さを解消する作業については裁判所よりも行政機関に期待する割合が2倍以上であり<sup>(60)</sup>、また立法スタッフの9割以上が行政機関の制定法解釈に資するために立法資料の存在価値があると回答しているとされる<sup>(61)</sup>。

行政機関は、所管法を第一次的に執行する義務があること、また予算を獲得し、議会から統制を受ける関係から、立法資料を無視することができない。その意味で行政解釈に対して立法資料には一定の影響力が認められ、この点は議会から独立した裁判所が立法資料を扱う場合とは異なる<sup>(62)</sup>。

こうして立法資料には議会による行政解釈統制機能ないし行政機関監視機能が見出される<sup>(63)</sup>。とりわけ行政法学からは立法資料に見出されるこのような固有の機能に関心が寄せられるべきであろう<sup>(64)</sup>。

#### 4 インテンショナリズムへの批判

Eskridge の整理によれば、インテンショナリズムに対する批判は歴史主義者的批判 (historicist criticism)<sup>(65)</sup>、フォーマリズムに基づく批判、リアリズムに基づく批判の三つの視点から成る<sup>(66)</sup>。フォーマリズムに基づく批判は法形

(59) Ganesh Sitaramana, *The Origins of Legislation*, 91 *Notre Dame L. Rev.* 79 (2015), at 104, 107-108.

(60) Lisa Schultz Bressman & Abbe R. Gluck, *Statutory Interpretation from the Inside-An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation, and the Canons Part II*, 66 *Stan. L. Rev.* 725 (2014), at 765-766, & figure 5.

(61) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 971-72.

(62) Roberts, *supra* note 25, at 563; Katzmman, *supra* note 20, at 659-60.

(63) Roberts, *supra* note 25, at 563; Katzmman, *supra* note 20, at 656-59. Walter J. Oleszek, *Congressional Procedures and the Policy Process* (10th ed. 2016), at 393.

(64) この問題は裁判所の制定法解釈方法論というよりは行政機関の制定法解釈方法論についてのものなので、本稿とは別の機会に論じる予定である。

(65) これは、現在のコンテキストにおける制定法の読み手が、過去の作り手の意図を真に理解することは不可能であるという、法と解釈学 (law and interpretation) からの批判である。

式論、リアリズムに基づく批判は規範論、制度論及び解釈価値論の諸点からその実現可能性を懐疑的に批判するものである。歴史主義者的批判は解釈学固有の問題であるとも言えるので、以下ではフォーマリズムとリアリズムに基づく批判に焦点を絞ることとする。

#### （１）フォーマリズム批判

前述の通り、インテンショナリズムは議会が自己決定をした議会手続の過程を経て公表された法的見解は参照すべきであると主張する。

これに対しニュー・テクスチュアリズムは、議会慣行という観点でいえば立法手続を通じて明確に選択した法文こそが議会の選好をよりよく示すので、制定法成立要件（合衆国憲法第 1 編第 7 節第 2 条）が議事規則制定権（第 5 節第 2 条）と議事録作成・公表義務（第 5 節第 3 条）に優先すると批判する<sup>(67)</sup>。

#### （２）リアリズム批判①－立法者意思の想定不能性

Max Radin が 1930 年の論文において喝破したように（第 1 章第 6 節）、初期のリーガル・リアリズム左派は、インテンショナリズムが議会を擬人化し、その意思を一貫した確定的なものと捉える思考を批判してきた<sup>(68)</sup>。

インテンショナリズムの目的は立法者の具体的意思を探求することにあるが、立法者は個人ではないから、全ての議員が起こり得る解釈問題を全て認識した上で統一的に投票行動することは不可能であり、制定法を通過させる点を除いて集合的な（aggregating）立法者意思はそもそも存在しない<sup>(69)</sup>。

仮にある解釈問題に言及した立法資料が存在したとしても、立法起草者以外の立法者は、当該資料の内容を熟知して投票しているとは限らないし、立法起草者及びスタッフの特定の政策的嗜好が議会全体の政治的選好と一致す

---

(66) William N. Eskridge, Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA L. Rev. 621 (1990), at 644-46.

(67) John F. Manning, *Foreword: The Means of Constitutional Power*, 128 Harv. L. Rev. 1 (2014), at 77-78.

(68) Max Radin, *Statutory Interpretation*, 43 Harv. L. Rev. 863 (1930), at 863.

るとも限らない<sup>(70)</sup>。また立法者（立法起草者）が制定法の可決を優先して戦略的曖昧さを選択した場合や、ある法解釈問題を全く予期していない場合には、そもそも立法者意思は存在しない<sup>(71)</sup>。

立法者意思は措定不能であるという以上のリアリズム批判は、集合組織としての議会の制度論的特徴に着目したものである。

実際に制定法案の骨格に影響を与えているのは委員会ではなく、非党派的で議員に政治的責任を負わない議員法律顧問（legislative counsel）であるところ、彼らは立法資料の形成にほとんど関与しないから、制定法解釈と立法資料は無関係であるという立法学研究からの批判も、ここでの批判項目として挙げ得よう<sup>(72)</sup>。

### （3）リアリズム批判②－立法過程における立法者意思の操作可能性

リーガル・リアリズムの継承者、即ちニュー・テクスチュアリストが、1980 年代以降、公共選択理論の影響を受けて特に強調してきたのが、立法資料が操作されれば立法者意思が偽装されるとの批判である<sup>(73)</sup>。

(69) とりわけ majority cycling の主張は Kenneth J. Arrow らの社会的選択理論に依拠する議論であるが本稿では立ち入らない。See K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (2d ed. 1963). 邦語文献では、宇佐美誠「立法者意思の再検討」前掲註（2）283 頁以下を参照。但し majority cycling の問題はテクスチュアリズムにも妥当する。Eskridge, *supra* note 11, at 34-37.

(70) See John F. Manning, *Textualism as a Nondelegation Doctrine*, 97 *Colum. L. Rev.* 673 (1997), at 686; Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 224; Frank H. Easterbrook, *Text, History, and Structure in Statutory Interpretation*, 17 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 61 (1994), at 68. その例として、Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton University Press, 1997), at 32-33; Antonin Scalia (中川丈久訳)「法律解釈における立法史の利用について－議会意図の擬制による司法の責務放棄」*ジュリスト* 1129 号 (1998 年) 79～80 頁参照。

(71) Scalia は、裁判所が扱う解釈問題の 99.99% はそもそも立法者は認識していないと述べる。Scalia, *supra* note 70, at 31-32.

(72) Shobe, *supra* note 28, at 862-65. *But see* Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 966-68.

公共選択理論においては、制度論的決定者は自己の私的効用の最大化を目指して合理的に行動するものと想定され、議員の場合、その目的は再選である<sup>(74)</sup>。立法資料は、第一次的には立法提案者が同僚議員を説得するために作成されるが、司法部がインテンショナリズムを取ることを明らかにし、立法資料が後の制定法解釈の重要な資料になるとの理解が広まれば、利益集団（ないし政治的少数派）は裁判官を対象として、自己に有利な解釈の素材を立法資料の中に紛れ込ませようとする<sup>(75)</sup>。利益集団が立法資料に着目するのは、憲法上、上下両院の承認と大統領の署名を要する法文の改変を目論むよりもローコストだからである。こうして利益集団は制定法案の関連委員会に所属する議員や議員スタッフ、委員会スタッフ等に対してロビーイングを行い、あるいは自ら立法資料をゴーストライトし、結果、偽の立法者意思が立法資料に埋め込まれる。

立法者意思の捏造は何も利益集団によってのみ惹起される訳ではない。かつて Archibald Cox が「時に報告書は、法案に明白な言葉で書き込めば法案可決に必要な票を失うことになるような裁判所の解釈を基礎付けるべく、行政機関によって準備されている」と述べ<sup>(76)</sup>、また Shapiro 判決（1948年）において Frankfurter 判事が「制定法の文言が…秘技的（esoteric）解釈方法に服すべきであるとすれば、行政官吏…がメモの挿入を通じて、自身の見解を議会も承認していた、という自己に有利な証拠を提示したいとの誘惑を一層増やしてしまう」と述べたように<sup>(77)</sup>、立法者意思の偽装は、所管法の執行のあり

---

(73) John F. Manning, *Second Generation Textualism*, 98 Calif. L. Rev. 1287 (2010), at 1292. 但し第二次大戦後から既にこの種の指摘はなされていた。See Note, *Trends in the Use of Extrinsic Aids in Statutory Interpretation*, 3 Vand. L. Rev. 586(1950), at 596 n.29.

(74) この点は現在でも政治学者の多くが一致を見る見解であるとされる。Nourse, *supra* note 36, at 1125-26.

(75) Manning, *supra* note 70, at 687-88; Scalia, *supra* note 70, at 34.

(76) Archibald Cox, *Judge Learned Hand and the Interpretation of Statutes*, 60 Harv. L. Rev. 370 (1947), at 381.

方について委員会のスタッフと交渉する機会を持つ「行政機関」の問題としても取り上げられてきた。

要するに上記のリアリズム批判は、そもそも立法過程に熟慮はなく、恣意的、不透明で信用がおけず、法文の曖昧さは合意形成のためではなく、あくまで戦略的なものと想定する。従って立法資料は同僚議員の説得機能や政治的交渉を推進する機能を有するものではなく、また裁判所へのガイドライン機能も不正な意義しか有さないものとして捉える。これは議員が選挙民の代表的性格を有するが故に、裁判官よりも有権者の投票行動に影響を受けつつ行動するという実証論に根ざした制度論的批判でもある<sup>(78)</sup>。

#### (4) リアリズム批判③－司法過程における立法者意思の操作可能性

Landis らリーガル・リアリズム中間派の立場に依れば、立法資料は裁判官の解釈の主観性（裁量性）を統制する点に価値がある。しかし公共選択論によれば、裁判官も自らの政治的選好に適合的な立法資料をピックアップして制定法解釈をするようになるかもしれない<sup>(79)</sup>。Harold Leventhal 裁判官が Patricia M. Wald との会話の中で、立法資料の引用は「群衆の中から友人を見つけ出すこと (looking over a crowd and picking out your friends)」に類似すると述べたのは制定法解釈論では著名な逸話である<sup>(80)</sup>。つまり立法資料（群衆）が増加すればするほど、裁判官にとって都合の良い資料（友人）に出会う確率は増加する。

こうして公共選択理論の視点からは、むしろ立法資料の利用によって裁判官が立法者意思を偽装し、法の支配と民主政の価値が損なわれると懸念される。

(77) Shapiro v. United States, 335 U.S. 1 (1948), at 48 (Frankfurter, J., *dissenting*).

(78) Nourse, *supra* note 36, at 1128.

(79) Scalia, *supra* note 70, at 35-36. 田中英夫『英米法総論（下）』（東京大学出版会、1980年）506頁。

(80) Patricia M. Wald, *Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term*, 68 Iowa L. Rev. 195 (1983), at 214 (*quoting* Judge Harold Leventhal).

### （5）法の支配の価値

その他、インテンショナリズムが所期する様々な解釈価値の実現にも疑問が呈されている。

かつて Jackson 判事が、「首都の法律家、あるいは大都市で最も成功している事務所の法律家でなければ全ての必要な立法資料を入手することはできない。…最高裁が立法資料を使用することで、法情報は政府又は一部の法律事務所を除き、誰の手にも届かないところに実務上押しやられてしまう（傍点筆者）」と述べたように<sup>(81)</sup>、立法資料は一部の有力法律事務所や政府には入手が容易でも、公衆及び裁判官にとっては必ずしもそうではない。従って、インテンショナリズムは法適用に関する市民の予測可能性を奪う<sup>(82)</sup>。

但しこの「Jackson 判事の嘆き (Jackson's lament)」は、前章第八節で見たように、「おそらく十分に考察され、注意深く準備されている」委員会報告書には及ばなかった。これに対し、Scalia などのニュー・テクスチュアリストは委員会報告書の利用についても法の支配の価値実現が毀損されると主張している。

### （6）プラグマティズム

制定年次が古い制定法の場合には、立法資料に依拠してみても必ずしも現在の現実に応じた解釈が期待できない<sup>(83)</sup>。また立法者が将来の不測事態に備えて意図的に法文表現を曖昧にして裁判所や行政機関の対処に委ねている場合 (Chevron 判決)、解釈の方針が明記された立法資料を用いると、かえってプラグマティズムな対応ができない可能性もある<sup>(84)</sup>。

---

(81) Robert H. Jackson, *The Meaning of Statutes: What Congress Says or What the Court Says*, 34 A.B.A. J. 535 (1948), at 538.

(82) なお最判平成 23 年 10 月 25 日民集 65 卷 7 号 2923 頁 (健康保険受給権確認請求事件) に関して、田原睦夫裁判官補足意見、及び白川泰之「混合診療に係る規定の明確性、立法者意思と法解釈に関する考察」法政理論 44 卷 4 号 (2012 年) 216 ~ 217 頁参照。

(83) Eskridge, *supra* note 66, at 625, 689-90; Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 225-226.

このように、もともとインテンショナリズムは制定法の制定当時の立法者意思の再現を重視するから、解釈者（裁判所や行政機関）が解釈時点でのプラグマティズムな判断をする上で理論的限界があることは否めない<sup>(85)</sup>。

(7) 立法過程の熟議の阻害

前述の通り、法案提案者は法解釈上疑義のある問題や政治的に微妙な問題については、法案可決を優先して、当該解釈問題の解答は制定法に明記せず立法資料に記載するという手法（戦略的曖昧性）を採りがちである。即ちインテンショナリズムは立法過程での熟議を妨害する機能を持つ<sup>(86)</sup>。

(8) 司法過程の効率阻害

裁判において裁判官と当事者が法文以外に膨大な立法資料の探索を余儀なくされるのは、司法過程の非効率を招く<sup>(87)</sup>。前述のように、立法資料の内容操作への誘因が働けば、結果として立法資料の大量生産を招くから、更にその精査にコストがかかる<sup>(88)</sup>。

(9) 裁判官の能力に対する制度論的批判

仮にこの点を措くとしても、インテンショナリズムは裁判官の制度論的能力を十分に認識していない。裁判所は、法解釈や証拠評価の能力に長けてい

(84) Shobe, *supra* note 28, at 874.

(85) Jerry L. Mashaw, *Textualism, Constitutionalism, and the Interpretation of Federal Statutes*, 32 Wm. & Mary L. Rev. 827 (1991), at 836. 従って、インテンショナリズムがプラグマティズムを確保するには、「法案可決後に作成された立法資料」を活用する必要がある。Popkin, *supra* note 39, at 250. しかし、通常インテンショナリズムは法案可決後に作成された資料の利用を禁じている。

(86) Manning, *supra* note 70, at 721. その例として、Scalia 「法律解釈における立法史の利用について」前掲註 (70) 80～81 頁参照。「我々は民主的過程が促進されるようなやり方で解釈を行う義務があると考える。」United States v. Taylor, 487 U.S. 326 (1988), at 345 (Scalia, J., *concurring in the judgment*).

(87) Scalia 「法律解釈における立法史の利用について」前掲註 (70) 82 頁参照。Scalia, *supra* note 70, at 36-37; Vermeule, *supra* note 7, at 112.

(88) Manning, *supra* note 70, at 731.

ても、それらと同程度に立法資料を精査して具体的な立法者意思を措定する能力に乏しい<sup>(89)</sup>。

以上のようにニュー・テクスチュアリズムに依れば、立法資料を利用した制定法解釈の実際は、裁判官の主観的であつ非民主政的な解釈を帰結する可能性があり、立法者の具体的意思を探求し民主的正統性を保持しようとするインテンショナルリズムの理論的立場からは乖離した方法論に陥っていると批判される<sup>(90)</sup>。これらのリアリズム批判については、Kennedy 判事が *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Services, Inc.*, 545 U.S. 546 (2005) において次のように整理している<sup>(91)</sup>。

「繰り返し判示されてきたように、法源性ある言明は法文であり、立法資料やその他の外部資料ではない。外部資料は、曖昧な法文に対する立法当時の立法者の理解の確実な解明に役立つ限りで制定法解釈における役割を担うだけである。しかしながら、全ての外部資料が立法者の理解を洞察する上で信頼性ある情報源という訳ではなく、特に立法資料は二つの批判に晒されてきた。一つは、立法資料はそれ自体、しばしば曖昧で、矛盾を抱えるものである点である。Leventhal 裁判官の覚えやすいフレーズを借りれば、裁判官が立法資料を探すことは「群衆の中から友人を探す」作業となる傾向がある。第二に、委員会報告書のような、それ自体、合衆国憲法第一編の要件に服していない立法資料に裁判所が依拠することは、全国民を代表する訳ではない委員会メンバーや、最悪の場合、選挙で選ばれていないスタッフやロビーイストに対し、法文を通しては成し遂げがたい結果を確保するために立法資料を戦略的に操作する権限とその誘因の双方を共に与えることになる。」

## 5 インテンショナルリズムの応答

前述の通り、インテンショナルリズムの中には立法資料を法解釈の決定的要素と捉える立場（strong intentionalism）と、制定法解釈の妥当性を図るために

---

(89) Vermeule, *supra* note 7, at 2-3.

(90) Eskridge, Frickey & Garret, *supra* note 8, at 225.

(91) *Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs., Inc.*, 545 U.S. 546 (2005), at 568-69 (*quoting* Wald, *supra* note 80, at 214).

立法資料を確認的に用いる立場 (weak intentionalism) が存在する。インテンショナリズムに対する批判は、両者のいずれを想定してなされているものか、しばしば混乱が見られる。例えば立法者意思の措定不能性に対するリアリズム批判は、主として strong intentionalism に対するものであり、立法資料を確認的に用いる立場にはさほど該当しない。

これに対し、それ以外のリアリズム批判については、立法資料を確認的に利用する場合にも妥当する<sup>(92)</sup>。インテンショナリズムに対する批判を考察するためには上記の区別を踏まえる必要がある。

インテンショナリズムは、諸批判に対して、次のように再反論する。

#### (1) 立法者意思の措定性

立法者意思は措定不能であるというリアリズム批判については、次のような最近の理論的及び実証的な異論がある。公共選択理論の一つの考え方によれば、議論がイデオロギー的に単純に対立する場合には議員はその選好に即して行動し、また立ち位置の中間的な議員 (median legislator) がいればその位置に即して行動する、との実証結果が示されており、これによれば立法者意思は措定可能である<sup>(93)</sup>。

また個々の議員が精神的意思を具体的に共有していないのは事実だとしても、集団が個人でない以上それは当然のことであり、問題は法人や団体の集団的意思を認識したと評価するための社会的合意である。そして議会が憲法上の権限を行使して立法過程を民主的に構想し、公的資料を作成している点を捉えれば、これを集団的意思と構成してよい<sup>(94)</sup>。

---

(92) 例えば Scalia は、立法資料を確認的に用いる立場ですら否定する。See, e.g., *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004), at 267 (Scalia, J., concurring).

(93) Farber & Frickey, *supra* note 36, at 430-437, 444-50; Cross, *supra* note 29, at 30-32.

(94) Breyer, *supra* note 21, at 859, 864-65; Brudney, *supra* note 16, at 52-53; Tiefer, *supra* note 15, at 264-70; Nourse, *supra* note 2, at 336; Nourse, *supra* note 35, at 1625, 1637-44; Nourse, *supra* note 18, at 81-84.

## (2) 民主的正統性

立法者意思は措定不能であるというリアリズム批判は、裏返せば立法者意思（及び立法資料）の民主的正統性の価値を否定する側面を有する。この点は Landis が立法者意思は「発見し得る (discoverable)」として Radin の論文に論駁を加えた点であった。

立法過程論で見ても、例えば両院で法案可決後に両院合同協議会において文言が修正された場合、文言通りの解釈では少数集団の意向が反映される可能性があるから、立法資料を参照する民主政的意義がある<sup>(95)</sup>。

## (3) 立法者意思の捏造問題

立法者意思の捏造問題は何も立法資料の参照についてのみ生じるものではない<sup>(96)</sup>。裁判所は制定法を解釈する際に立法資料を用いなくとも、意向に沿う解釈準則を取捨選択し、あるいは行政解釈の尊重を行い、自己の選好を紛れ込ませることができる。

## (4) 法の支配

むしろ、制定法の文言が多義的な場合に法解釈を明確に示す立法資料が存在すれば、立法者意思からかけ離れた解釈を防止できる可能性が高まることは確かにあるだろう<sup>(97)</sup>。特に制定年次が古い制定法の用語については、当時の辞書を利用するよりも、立法資料での用法を参照する方が適切であり、かつ民主的正統性の価値にも資する<sup>(98)</sup>。

また立法資料は法文に比べて、公衆及び裁判官にとって必ずしも入手が容易なものではないとの批判については、様々な新旧の立法資料がインター

---

(95) Nourse, *supra* note 2, at 330-331; Nourse, *supra* note 18, at 75, 138.

(96) Cross, *supra* note 29, at 69-72; Eskridge, *supra* note 11, at 232-33.

(97) Cross, *supra* note 29, at 82; Breyer, *supra* note 21, at 861-63; Wald, *supra* note 20, at 303-306; Katzmann, *supra* note 20, at 681.

(98) Eskridge, *supra* note 11, at 235; Nourse, *supra* note 35, at 1655; Shobe, *supra* note 28, at 853-54.

ネットを通じて容易に検索ができるようになった点を踏まえる必要がある<sup>(99)</sup>。そもそも情報アクセスの問題は、他の法律解釈や先例を参照する場合においても程度の差こそあれ生じる<sup>(100)</sup>。

#### (5) 司法過程の効率性の阻害

司法過程の非効率性を招くという批判についても、資料のネット公開により資料収集コストの低減を図れば良い。また立法資料を参照するルールを整備することで、司法コストを下げる努力を行うべきである。仮に司法コストが掛かったとしても、立法資料の利用を完全に排除する根拠にはならない。むしろ立法資料の調査コストをかけることで、解釈の民主的正統性が増すので帳尻が合う<sup>(101)</sup>。

#### (6) 公共選択論批判

インテンショナリズムは、ニュー・テクスチュアリズムからの批判に応答すると同時に、ニュー・テクスチュアリズムに対して次のような批判を加える。ニュー・テクスチュアリズムは公共選択理論に基づき、インテンショナリズムが立法者意思の偽装を招きやすいと論難するが、他方で利益集団が法文からは読み取れない解釈を外在的資料に施したり、立法資料が裁判官に操作されたというような事実を示す実証研究は何ら示されていない<sup>(102)</sup>。

逆に正当な認識としては、法案提出者が委員会の中で同僚議員を出し抜くのは政治環境的に困難であり、将来起こるか不明な解釈問題のために政治生命をかけるのはコストに見合わない。同様に、法案提出者のスタッフも雇用

(99) Wald, *supra* note 80, at 200. なお星野英一「民法の解釈をめぐる論争についての中間的覚書」民法論集第7巻（有斐閣、1989年）107頁参照。

これに対し Parrillo は、立法資料に電子アクセスが可能となっても、大量の資料から関連情報を検索し整理する必要性が残る以上、アクセスの問題が解決することはないと悲観的である。Parrillo, *supra* note 28, at 390, n446.

(100) Cross, *supra* note 29, at 73-74; Breyer, *supra* note 21, at 869-71.

(101) Nourse, *supra* note 18, at 137-138; Seidenfeld, *supra* note 19, at 506-507.

(102) Nourse, *supra* note 2, at 335.

主の意向と異なる趣旨を法案に盛り込む行動を取ることが實際上可能か、そのスタッフとしての職をかけるインセンティブはどれほどか。行政機関の職員も議員やスタッフとの関係性を破壊してまで組織に都合の良い解釈を立法資料に盛り込むことが可能か。そもそも行政機関や多様な利益集団が立法過程に参画することで、特定集団にのみ有利な立法者意思の偽装は妨げられ、結果的に法文との乖離は最小化されるのではないか。裁判官も同僚の目を盗んで文言からかけ離れた解釈を立法資料から導くことは至難ではないか。

Breyer や Brudney によれば、そもそも議員や立法スタッフが私益追求に走るであろうとの想定に基づいたモデルは単純に過ぎる。そこでは議員が公共目的を追求したり、同僚議員のリーダーシップを取ろうと行動することが想定されていない<sup>(103)</sup>。立法資料が不正確なことが後に暴露されれば当事者は名誉を失うのであり、それを避けようとするインセンティブは立法資料の信用力を保持させるのである。

#### （７）インテンショナリズムの実証研究

近年のインテンショナリズムの特徴的傾向は実証研究を重ねる点にある。

まず、Frank B. Cross が 1994 年から 2002 年までの 120 件の最高裁判例を分析した結果では、保守派とリベラル派ともに、判決内で立法資料を利用して自らの政治的選好に資する判決結果に至る傾向は見られなかったという<sup>(104)</sup>。

また 1969 年から 2006 年の間にリベラル派とされる最高裁判事（Brennan, White, Marshall, Blackmun, Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer）が執筆した労働法分野における法廷意見のうち立法資料が参照されたものを分析した Brudney と Ditslear による実証研究によれば、Burger Court (1969-1986) では労働者寄り

---

(103) Brudney, *supra* note 16, at 676-77. 藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説」前掲註（７）177～78頁、高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト－ハート・サックス “THE LEGAL PROCESS” 再読」ジュリスト 1369号（2008年）20頁参照。

(104) Cross, *supra* note 29, at 171-172.

のリベラルな結論が 55.6%、企業寄りの保守的な結論が 62.9%であり、Rehnquist/Roberts Court (1986-2006) ではそれぞれ 41.1%と 42.2%であった。従ってリベラル派の判事達は、立法資料を用いたからといって労働者寄りのリベラルな結論を出す傾向になく、むしろ保守的な結論のために立法資料を用いる場合の方が多いたことが示されている<sup>(105)</sup>。また、リベラル派判事が法廷意見において労働者寄りのリベラルな判断を示す場合、Burger Court では立法資料を利用する (57%) よりも利用しない場合 (61%) の方が多く、逆にリベラル派判事が保守的な法廷意見を執筆する場合、Burger Court と Rehnquist/Roberts Court を通じて、立法資料を用いる場合 (36%) が利用しない場合 (31%) よりも多かったという、ニュー・テクスチュアリストの想定とは逆の結果が示されている<sup>(106)</sup>。

最後に David S. Law と David T. Zaring が、1953 年から 2006 年にかけて執筆された主要な連邦法の制定法解釈に関する最高裁判事の意見を分析した結果によれば、判事達は制定法解釈の際に自身の政治的選好と制定法の形成を主導した政党の選好とが合致する場合には立法資料の利用を多用する傾向があること、特に保守派よりもリベラル系判事の場合にその傾向が顕著であること、他方で立法資料の利用によって裁判官の政治的選好に合致する判決結果に結びついたと言える程度の相関関係性がうかがわれるデータは取れなかったという<sup>(107)</sup>。

Law と Zaring によれば、裁判官が制定法解釈に際して立法資料を利用する場合、当該制定法の内容の複雑性・長大性、制定年次の古さ、法改正回数

---

(105) James J. Brudney & Corey Ditslear, *Liberal Justices' Reliance On Legislative History: Principle, Strategy, and The Scalia Effect*, 29 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 117 (2008) at 137-139.

(106) Brudney & Ditslear, *supra* note 105, at 139-141.

(107) David S. Law & David T. Zaring, *Law Versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 1653 (2010), at 1726-1728.

少なさといった要因が大きく影響しており、これは制定法解釈の本質的困難性に直面して、解釈の示唆を求めるために立法資料を利用する動機があるものと推測している<sup>(108)</sup>。これは Breyer らが想定する穏健なインテンショナリスト裁判官像に合致するものであろう。そして上記のイデオロギー的要因と形式的要因を対比した結果、裁判官が立法資料を利用する動機は後者の要素の影響が高いと分析している<sup>(109)</sup>。

これらの実証研究に依れば、少なくともこれらの判事達が立法資料を自己の選好に資するように利用しているとの実感は確かに得られない。こうして、一部の利益集団が立法過程を潜脱し立法資料を使って愚直な裁判官を騙そうとし、裁判官もまたこれに便乗する、という構図自体が再度喝破されることとなった<sup>(110)</sup>。

※ 本稿は文部科学省科学研究費【課題番号 25780011】「公法解釈理論の比較法的検証に基づく公法教育方法論及び立法技術論の展開の試み」の助成による成果の一部である。

---

(108) *Id.* at 1658-59, 1721-1725.

(109) *Id.* at 1658-59, 1730-1735.

(110) Brudney, *supra* note 20, at 914; Cross, *supra* note 29, at 82-83.