

# アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (5)

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 卷 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 卷 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 卷 2 号)

## 第 2 章 制定法解釈の方法

### 第一節 序論

第二節 インテンショナリズム (以上、広島法学 40 卷 2 号)

### 第三節 パーポズィビズム

#### 1 概論

2 パーポズィビズムの理論的正当性

3 他の制定法解釈方法との異同

4 パーポズィビズムの解釈価値

5 パーポズィビズムへの批判

6 パーポズィビズムの応答

7 補論：想像的再構成理論 (以上、本号)

## 第三節 パーポズィビズム

### 1 概論

(1) パーポズィビズム (Purposivism：目的主義) は、当該制定法がいかなる「目的」から制定されたのかを精査した上で、当該目的を最も効果的に発揮しうる解釈を合理的に選択すべきとする解釈方法である。

制定法解釈方法論としてのパーポズィビズムを体系立てて主張したのは

1930～40年代のリーガル・リアリズム中間派であり、これを継承した1950年代の Henry M. Hart, Jr. と Albert M. Sacks は、制定法解釈方法論の基本作法について次のように述べている<sup>(111)</sup>。

「制定法を解釈するには、裁判所は、(1) どのような目的が制定法及びその条文に見出されるべきか (ought to be) を決定し、(2) 解釈問題に直結する制定法の文言を当該目的が最も達成されるように解釈すべきである」。

また Hart と Sacks のリーガル・プロセス理論をロー・スクール時代に学んだ、現代の代表的パーポズィビストである Stephen Breyer 判事は次のように述べる<sup>(112)</sup>。

「条文の目的を決定するために、裁判官は議会が制定法を制定することで解決しようとした問題を探し求め、その問題を解決するために、目下問われている特定の用語について議会がどのように期待したのかを問う。また裁判官は、提案した解釈が条文の目的を阻害するよりも促進する見込みが高いかどうかを問うことで、当該解釈がどのような結果 (consequence) となるかを審査する。」

パーポズィビズムの要諦を為す「目的」は、法文のみならず、制定法全体構造から導かれる趣旨 (tenor)、制定法のタイトル、制定法可決時の歴史的事実・政治的状況、当時の社会的価値、関連法に示される政策判断、改正前の条項の文言表現、そして立法資料などから解釈者が発見する<sup>(113)</sup>。

---

(111) Henry M. Hart, Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process* (William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey eds., 1994) (1958), at 1374.

(112) Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work; A Judge's View* (2010), at 92. 同書の翻訳として、スティーブン・ブライヤー (大久保史郎監訳) 『アメリカ最高裁判所：民主主義を活かす』(岩波書店、2016年)、紹介として、岸野薫「ブライア裁判官の民主的憲法論」アメリカ法 [2012 - 1] がある。また Breyer 判事の制定法解釈観について、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁裁判官と法解釈 - スカリア判事とブライヤー判事の法解釈観」帝京法学 25 巻 2 号 (2008 年) 178～181 頁参照。

パーポズィビズムは制定法解釈の目的として制定法が制定された当時の議会の制定目的を明らかにしようとする点では、オリジナリズムの一形態である<sup>(114)</sup>。但し、後述のように、パーポズィビズムはオリジナリズムの枠内に留まらない内容を含んでいる。

(2) パーポズィビズムは、イギリスにおけるヘイドン事件 (Heydon's Case) の準則を一般化した弊害準則 (mischief rule) に起源が見出される<sup>(115)</sup>。ヘイドン事件は自由保有権 (freehold) に関する制定法を謄本保有権 (copyhold) に拡張解釈する際、次のように述べた<sup>(116)</sup>。

「刑事的であれ恩恵的であれ、コモン・ローを制限するものであれ拡張するものであれ、およそ制定法を確実かつ正当に解釈するには、一般に次の四つの事項を区別して考慮すべきである。第一に、制定法が制定される以前のコモン・ローがどうであったか。第二に、コモン・ローが予防に備えることのなかった害悪と欠陥は何か。第三に、国家の病弊を矯正するために議会が決定し規定した救済策 (remedy) とは何か。そして第四に、救済策の真の目的は何か。その上で常に全ての裁判官は、弊害を抑制し、救済策を促進するような解釈 (construction) を採り、弊害を維持して私人の利益になるよう (pro privato commodo) 目論む創意や言い抜けを、そのかすかなものまで抑制し、そして立法者の真の意思に従い、公益に資するように (pro bono publico)、救済策に力と命を吹き込むべきである。」

パーポズィビズムにも、法文と法目的が相反する場合には法目的を優先して反法文解釈を許容する強硬な立場 (strong purposivism) と、単に曖昧な法文の意味を明確化するために法目的を利用する穏健な立場が想定される (weak purposivism)。

弊害準則は、「およそいかなる制定法規を解釈する場合にもまずその立法目

(113) Manning, *supra* note 32, at 10-11.

(114) Breyer, *supra* note 112, at 97.

(115) Richard A. Posner, *Statutory Interpretation--in the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. Chi. L. Rev. 800 (1983), at 819.

(116) Heydon's Case, (1584) 76 Eng. Rep. 637 (K.B.) 638; 3 Co. Rep. 7a, 7b.

のないし立法者意志を確かめよと命ずるものであり、かつ、立法目的のないし立法者意志を制定法の文言に優先せしめ、ときには制定法の文言の明示する範囲を超えてまでも立法者意志の実現に努めよ」とするものとされるから<sup>(117)</sup>、強硬な立場である。そして弊害準則の系譜に連なるのが、アメリカ建国期に見られた「エクイティに適合する制定法解釈 (equitable interpretation)」である<sup>(118)</sup>。

アメリカでパーポズィビズム的思考が表れた判例として著名なものに、前章で検討した Holy Trinity 判決 (1892 年) や American Trucking 判決 (1940 年) があるが<sup>(119)</sup>、Holy Trinity 判決もまた強硬論と評し得よう。American Trucking 判決も、「しばしば、言葉の明白な意味が非常識な結論にならないが単に『全体としての法の目的と明らかに調和しない』という意味で合理的でない場合でさえ、本法廷は言葉の文字通りの意味ではなくその目的に従ってきた」との言明からは<sup>(120)</sup>、強硬論に近いものと理解することができる。

(3) これに対し、現在の制定法解釈学説上では、穏健なパーポズィビズムが主流と言える。その基礎を構築した Hart と Sacks は、本節冒頭の制定法解釈論の注意書きとして次のような立場を表明していた<sup>(121)</sup>。「… (a) 文言が持たない意味、及び (b) いかなるものであれ明確に言明された確定的目的に反する意味を文言に付与することがないように留意しなければならない。」従って平均的なパーポズィビズムの解釈態度は、法目的を重視するとはいえ法文の意味を越えて解釈することはない<sup>(122)</sup>。この点でパーポズィビズムに対

(117) 望月礼二郎『英米法 (新版)』(青林書院、1997 年) 125～126 頁。

(118) 拙稿「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (1)」広島法学 38 卷 3 号 11～14 頁参照。

(119) 拙稿「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (2)」広島法学 39 卷 1 号 22～23 頁、55～59 頁参照。

(120) American Trucking Assns., 310 U.S. 534 (1940), at 543-44.

(121) Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1374.

(122) Breyer, *supra* note 112, at 98.

する批判も、強硬論と穏健論のいずれを想定してなされているのか、しばしば混乱しているように思われる。

とはいえ、強硬論と穏健論の区別が容易ではないのも確かである。

1950 年代から 1980 年代にかけて、制定法解釈論は裁判実務上も学説上も、ロー・スクール教育におけるリーガル・プロセス論の影響を反映してパーポズィビズムが有力な立場を占めていたが<sup>(123)</sup>、後述するように（第四節）、リーガル・プロセス論から分岐したニュー・テクスチュアリズムが 1980 年代後半から影響力を持つようになったことに比例して、パーポズィビズムの影響力は現在では相対的に低下している。

以下では、Hart と Sacks のリーガル・プロセス理論をパーポズィビズムの代表例に据えて、その理論問題を検討していくこととする。

## 2 パーポズィビズムの理論的正当性

### (1) パーポズィビズムの規範論

#### (a) 忠実な代理人モデル

パーポズィビズムの規範論も基本軸は忠実な代理人モデルであるが<sup>(124)</sup>、リーガル・プロセス理論の想定下では、「本人」と「忠実な代理人」は次のように役付けし直されている。

リーガル・プロセス理論は、各利益層を代表する集団が自己の私的利益を越えて公共の利益を追求すべく立法活動を行なう、という 1950 年代の多元主義政治理論を前提に置くので、立法過程では「合理的集団が合理的な目的を実現するために立法活動に従事している」と想定する。例えば Hart と Sacks は、

---

(123) Philip P. Frickey, *From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of Theory in Statutory Interpretation*, 77 Minn. L. Rev. 241 (1992), at 249-50. 最近では、Robert A. Katzmann が現役裁判官（第 2 巡回区控訴裁判所首席判事）としてパーポズィビズムの有用性を主張している。Katzmann, *supra* note 20, at 663.

(124) Sunstein, *supra* note 4, at 426.

「制定法及び関係する条文に見出されるべきより直接的な目的を決定するに際して、裁判所は法案を制定した立法部の立場 (position) に自らを置いて想像してみるべきである。」「立法部は合理的な目的を合理的に追求している合理的な人間によって構成されていると、明らかにそうではないと思わない限り、想定すべきである」と述べていた<sup>(125)</sup>。

立法者及び制定法が目的的であるとの想定下における忠実な代理人モデルは、Max Radin の 1942 年の論文の一節の表現を借りれば、次のようになる<sup>(126)</sup>。「制定法は…目的を達成するために制定された。…制定法を法律集に載せる立法府は、この目的を社会にとって望ましいものとするために設定する憲法上の権利と権限を有しており、裁判所と行政機関はこれに従う明白な義務を負う。」Hart と Sacks も、裁判所は制定法解釈にあたって「社会における主要な政策決定機関としての議会の地位」を尊重すべきと述べている<sup>(127)</sup>。

#### (b) 協調的パートナー・モデル

但し、リーガル・プロセス理論は立法者だけでなく裁判所の役割も想定を変更しているため、「忠実な代理人」の内実は大きく修正されている点に留意が必要である。

リーガル・プロセス理論の想定する立法者がたとえ合理的目的を追求すべく立法活動に従事したとしても、時間的制約や立法資源の不足、将来の予想不可能性、言語的不完全性のため、解釈に疑義がない程度にまで法文表現を詰めることまでは行い得ず、しばしば立法は法の不備や曖昧さを備える。この場合に裁判官が法文を機械的に適用し、非常識な結論に到達することを議会が望んでいるとは考えられない。かつて Holy Trinity 判決 (1892 年) は次のように述べていた<sup>(128)</sup>。

---

(125) Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1378.

(126) Max Radin, *A Short Way With Statutes*, 56 Harv. L. Rev. 388 (1942), at 398.

(127) Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1374.

(128) *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892), at 458-459.

「議会が本件のような契約を、刑罰をもって非難する意図であったとは考えられない。…しばしば一般的意味を示す言葉が制定法に使用され、その言葉の意味は問題の行動を含むのに十分広いが、しかし法全体、制定法の制定当時の状況、あるいはそのような広い意味を言葉に付与したことから帰結される非常識な結果 (absurd results) から考察してみると、立法者が特定の活動を含めるべく意図していたと信じるには不合理なものとなるからである。」

そこで裁判官は、法文の明白な意味が示す内容が法目的に照らして不合理である場合には、必ずしも法文通りでなく、法目的に照らして適宜意味を補充して解釈すべきとすることが、忠実な代理人モデルあるいは「立法権の優越 (legislative supremacy)」概念に資する<sup>(129)</sup>。

ここで重要な点は、裁判官は、立法者がたとえ所定の結論を意図していなくても、法目的と状況に応じ、解釈による「筋の通った詳述 (reasoned elaboration)」権限が認められたことである<sup>(130)</sup>。

このような構想の背景には、裁判官は議会の単なる「忠実な代理人」にとどまらず、議会と共に法の形成を担う「協調的パートナー (cooperative partner)」であるとの見方が存在する。「目的を探求する裁判所は議会のパートナーとして活動する裁判所である<sup>(131)</sup>。」

更には協調的パートナー・モデルは、法目的に照らした解釈裁量の是認のみならず、法目的そのものの発見までも許容する。かつて Karl N. Llewellyn は次のように述べていた<sup>(132)</sup>。

(129) John F. Manning, *The New Purposivism*, 2011 Sup. Ct. Rev. 113, at 121; Breyer, *supra* note 112, at 96; Katzmann, *supra* note 20, at 663-64.

(130) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 222. 常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス—アメリカでの司法の機能に関する理論的發展」北大法学論集 31 卷 2 号 (1980 年) 737 頁参照。司法裁量の恣意的行使に慎重ではなく、立法者の意図を想像して立法者が同じ結論に到達するかまでは留意しない点で、パーポズィビズムは後述の想像的再構成論と区別される。Popkin, *supra* note 39, at 14.

(131) Breyer, *supra* note 112, at 102.

「もし制定法が展開途上の法システムの中に統合されるべきであるなら、裁判所はそのようにしなければならず、またその際には制定法の目的を考慮しなければならず、さもなければ当該目的についての自らの見解と代置しなければならない。こうして最終的な結果が創造的な構成になることは避けられない。」

また Breyer 判事も次のように述べている<sup>(132)</sup>。

「(解釈の結果を検討する際に)、裁判官は関連する立法資料を幅広く検討することができる。更に、裁判官は、たとえ議会の誰も特定の条項の目的について何も語っておらず、更にはそれを考えてすらいなかったとしても、目的を決定しようと試みることができる。その際裁判官は、(仮説的な『合理的立法者』の目的に関するものに時折言及しながら) 最高裁の解釈が制定法の一般的目的をより高める可能性を増進させるべく、仮説的目的を決定するであろう。」

このように、リーガル・プロセス理論は古典的な忠実な代理人モデルのみならず、協調的パートナー・モデルをも理論の前提に据える(この点では後者のモデルを軸に据える、制定法解釈論としてのプラグマティズムとも連続性を有する)。

結局、リーガル・プロセス理論の下では、立法者は公益を促進する政策形成の役割を担い、また裁判所は立法目的に即して法解釈を行い、以て政策実現を促進する役割を担う<sup>(134)</sup>。パーポズィビズムは、協調的パートナーとしての裁判官が議会と協働性を果たすために制定法解釈に際して行う当然の様式なのである<sup>(135)</sup>。

---

(132) Karl N. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are To Be Construed*, 3 Vand. L. Rev. 395 (1950), at 400.

(133) Breyer, *supra* note 112, at 92.

(134) Manning, *supra* note 34, at 1914.

(135) Popkin, *supra* note 39, at 131; Breyer, *supra* note 112, at 97-98.

## (2) パーポズイビズムの法形式論

しかし立法の不備が多いとしても、なぜ裁判官は法文ではなく法目的に適合的な制定法解釈を行なうべきなのか。パーポズイビズムは上述の協調的パートナーモデルを次のように憲法的に位置づける。

(a) 第一に、パーポズイビズムには法形成機関と法適用機関との間の統治構造における対等性を強調する立場があり、その限りでは「立法権の優越」観念を当初から絶対視しない。例えば Radin は 1942 年の論文で次のように述べていた<sup>(136)</sup>。

「アメリカの立法部は、行政部や司法部が有している権限と同じ程度の権限しか有していない…。立法部の機能はこれら公務員に指令を出すことであるが、それは立法部が主権者であるからではなく、我々の憲法システムにおいて、それが立法部の義務だからである。」「立法の適用は、言葉の意味の発見に常に左右される訳ではないのと同じように、…立法者の『意図』ないし『意思』の発見に常に左右される訳でもない。立法者意思の基礎にある考えは…主権者たる立法者が、…憲法上の正当化によって、行政官や裁判官よりも政治的に優越しており、その意思は…疑いの余地がない、という理論である。我々の立法府は行政官や裁判官と主権者の立場に変わりはなく、また憲法上の公務員は全て規定された機能を有しているので、その理論が依って立つ基礎は崩壊している。」

(b) 第二に、Radin の理論の系譜を引き継ぐ学説は、裁判所による法形成の禁止そのものに疑問を呈し、立法作用に関わる裁判官のコモン・ロー上の権限を強調するか<sup>(137)</sup>、または前章第三節で見たように、少なくとも合衆国建国時に存在していた制定法のエクィティ (the equity of the statute) に関する歴史的事実を再評価して、文理よりも法目的の実現に即した制定法解釈が「司法

(136) Radin, *supra* note 126, at 405-406.

(137) Peter L. Strauss, *The Common Law and Statutes*, 70 U. Colo. L.Rev. 225 (1999), at 235; William D. Popkin, *The Collaborative Model of Statutory Interpretation*, 61 S. Cal. L. Rev. 541 (1988), at 585; Breyer, *supra* note 112, at 96. なお藤谷武史『『より良き立法』の制度論的基礎・序説』前掲註(7) 163～65頁参照。

権の範囲」に含まれると主張する<sup>(138)</sup>。

これらの見解は、裁判所による制定法解釈の規範的正統性についての協調的パートナーの見方を、憲法論として再評価するものである。またこれらの見解は「司法権」の固有の権能に着目するので、措定不能性を批判される立法者意思に傾注する必要も無い。

裁判所が議会の忠実な代理人を超えた協調的パートナーであるべき根拠として、次のような見解が指摘されている<sup>(139)</sup>。第一に、過去の制定法を現在の状況にアップデートする権限は「司法権」の範囲内に含まれる<sup>(140)</sup>。第二に、政治部門（立法部及び行政部）が制定法解釈の意味の最終決定を完全に行い得るとすれば、立法部は憲法上の立法手続を潜脱し、行政部は人民に対し権利侵害を加える危険性があるため、憲法構造上、両権力から独立した司法部こそが政治部門に必要な憲法的制限を加えうる固有の資格を有する<sup>(141)</sup>。第三に、継続的活動を特色とする政治部門の法解釈が発展性を内包するのと異なり、裁判所は制定法解釈に安定性と一貫性を保持させ、法の支配の価値をもたらすことのできる固有の制度論的能力を有する<sup>(142)</sup>。第四に、制定法の意味が曖昧な場合は、立法部が司法部に対し意味を補充する権限を明示的又は黙示的に授権していると解されるのであり、その際に司法権は制定法制定当

---

(138) William N. Eskridge, Jr., *All About Words: Early Understandings of the "Judicial Power" in Statutory Interpretation, 1776-1806*, 101 Colum. L. Rev. 990 (2001), at 992, 997, 1094-1096; Jonathan R. Siegel, *Textualism and Contextualism in Administrative Law*, 78 B.U. L. Rev. 1023 (1998), at 1095-1098. 但しこれら論者の制定法解釈論はパーボイズムそのものに止まるものではない。

(139) Glen Staszewski, *Statutory Interpretation as Contestatory Democracy*, 55 Wm. & Mary L. Rev. 221 (2013), at 223.

(140) Eskridge, *supra* note 11, at 9-10, 116.

(141) Molot, *supra* note 5, at 1246-47.

(142) *Id.* at 1247. なお Molot の議論について、佐伯彰洋「論文紹介」アメリカ法 [2002 - 1] 113 頁以下参照。

時の状況からの変化に対処すべく、あるいは不合理ないし違憲な結論を避けるべく、法文化に内在する背景的規範 (background norms) に従って最適な解釈を行うべき固有の役割がある<sup>(143)</sup>。

(c) 第三に、合衆国憲法が制定法成立要件 (合衆国憲法第 1 編第 7 節第 2 条) として両院主義 (bicameralism) と大統領送付 (presentment) 要件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、時に裁判官は、熟慮ある立法過程が果たそうとした価値が実現されるように一貫性ある原理的な解釈を行うことも要請される<sup>(144)</sup>。同様の理由で、裁判官は制定法解釈に際して立法資料も精査すべきこととなろう<sup>(145)</sup>。

### (3) パーポズィビズムの制度論

(a) リーガル・プロセス理論によれば、立法者は「合理的な立法目的」を追求することのできる理性的集団と想定される<sup>(146)</sup>。

また裁判官は、法文や立法資料を含む様々な情報から導かれ得る法目的に照らし、ある解釈問題について立法者が描いたであろう意図を再構成し、合理的解答を導く能力を備える人物と想定されている<sup>(147)</sup>。更に協調的パートナー・モデルでは、裁判官は政治権力から独立して熟慮の判断ができるので、局所的利益の追求に陥りがちな立法者以上に、首尾一貫した制定法解釈を提示し、法体系の安定性を確保する制度論的能力を備えていると想定される<sup>(148)</sup>。

(b) もともと、リーガル・プロセス理論は立法・司法・行政機関を、それぞれの異なる「制度的能力 (institutional competence)」に即して、社会の根本的

(143) Sunstein, *supra* note 4, at 438-41.

(144) Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 Yale L.J. 1539, (1988), at 1581; Manning, *supra* note 32, at 73.

(145) Eskridge, *supra* note 11, at 230.

(146) Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1378.

(147) *Id.* at 1378-79.

(148) Cross, *supra* note 29, at 122-23; Sunstein, *supra* note 4, at 440.

問題の解決を試みる協働的かつ連続的装置と位置づけており (Law as an Institutional System)<sup>(149)</sup>、制度論的視座に意欲的な制定法解釈論であったことは明らかである。

但しそれは、立法や司法といった「各制度が理想的に機能し、各自の制度論的適性を生かした協調によって公益を理性的に具体化していく、という極めて予定調和的なもの」であり<sup>(150)</sup>、上述の制度論は必ずしも実証分析に裏付けられたものではなかった<sup>(151)</sup>。

### 3 他の制定法解釈方法との異同

#### (1) ニュー・テクスチュアリズムとの異同

ニュー・テクスチュアリズム (第四節) は文理を重視するのに対し、パーポズィビズムは法目的を重視する点に相違があるが、仔細に見れば次の点が指摘できる。

まず、次節で見るように、ニュー・テクスチュアリズムも法文の意味を理解するために、「コンテキスト」の一つとして法目的を参照する。他方でパーポズィビズムも、(リーガル・プロセス理論がそうであったように) 法目的を法文の客観的な語義の範囲を超えて措定することはない。従って、ニュー・テクスチュアリズムとパーポズィビズムの相違は、制定法解釈の対象として法目的をどの程度考慮するかとの相違に過ぎない、との理解もある<sup>(152)</sup>。

---

(149) 山本龍彦『『法原理機関説』の内実についての覚書—リーガル・プロセス理論との距離を中心に』桐蔭法学 14 卷 1 号 (2007 年) 102 ~ 103、106 ~ 107 頁、常本照樹「司法審査とリーガル・プロセス」前掲註 (130) 734 ~ 738、742 ~ 743 頁、椎名智彦「プロセス法学再訪—その背景と意義」青森中央学院大学研究紀要 16 号 (2011 年) 30 ~ 35 頁参照。

(150) 藤谷武史『『より良き立法』の制度論的基礎・序説』前掲註 (137) 170 頁参照。

(151) Vermeule, *supra* note 7, at 16-17, 26-27.

(152) Jonathan T. Molot, *The Rise and Fall of Textualism*, 106 Colum. L. Rev. 1 (2006), at 35; Katzmann, *supra* note 20, at 667-668.

しかし、両者は制定法の曖昧さを解消する方法論に相違がある。まず、ニュー・テクスチュアリズムは明白な意味の準則により法文の意味が理解できれば、それ以上に法目的を参照して別の解釈の可能性を探ることはしない<sup>(153)</sup>。また立法資料から法目的を抽出することも禁じる。

これに対し、パーポズィビズムは法目的から法の意味を決定し、明白な意味の準則を用いるのも、あくまで議会が追求しようとした合理的法目的を把握するために過ぎず、法目的が明確であれば、文理はそれに従属すべきとする立場もある<sup>(154)</sup>。また立法資料から法目的を抽出することも許される<sup>(155)</sup>。

ニュー・テクスチュアリズムは、元を辿ればリーガル・プロセス理論から分派したリーガル・リアリズムの後継学説である<sup>(156)</sup>。この点から図式的に整理すれば、法文の意味を確定する際、ニュー・テクスチュアリズムは「合理的な人間」が使用したであろう言語的意味を探るためのコンテキスト (semantic context) を重視する。これに対してパーポズィビズムは、「合理的な人間」が矯正しようとした弊害を探るためのコンテキスト (policy context) を重視する。ニュー・テクスチュアリズムは、この点を重大な相違と捉えている<sup>(157)</sup>。

## (2) インテンショナリズムとの異同

### (a) 立法資料の目的論的価値

一般にインテンショナリズムは立法資料を重視し、パーポズィビズムは制

(153) Manning, *supra* note 32, at 106.

(154) Radin, *supra* note 126, at 407.

(155) Breyer, *supra* note 112, at 92.

(156) 因みに、Scalia も Breyer もハーバード・ロー・スクールで Hart と Sacks のリーガル・プロセスを科目として受講しており、それぞれの制定法解釈論にはリーガル・プロセス理論の素地がある。William N. Eskridge Jr. & Philip P. Frickey, *The Supreme Court, 1993 Term—Forward: Law as Equilibrium*, 108 Harv. L. Rev. 26 (1993), at 27.

(157) John F. Manning, *What Divides Textualists from Purposivists*, 106 Colum. L. Rev. 70 (2006), at 76, 91.

定法の目的を重視するが、前述のようにパーポズイビズムも立法資料の参照を否定する訳ではない<sup>(158)</sup>。

但しリーガル・プロセス理論は、立法者を「合理的目的を合理的手段で追求する合理的な人々」として抽象レベルで許容するので、立法資料はあくまで抽象的な法目的を把握するために参照されるに過ぎない。換言すれば、インテンショナリズムは具体的立法者意思を重視し（specific intent theory）、パーポズイビズムは抽象的立法者意思を重視する（general intent theory）。パーポズイビズムは立法資料の「目的論的価値」は肯認するが権威的価値には否定的であり、この点でインテンショナリズムとは区別される。

#### （b）協調的パートナー・モデルからの立法資料の機能

また忠実な代理人モデルを前提とするインテンショナリズムに対して、パーポズイビズムは協調的パートナー・モデルをも前提とする点で、立法資料の扱いについて異なる視点を有する。

第一に、パーポズイビズムにとって立法資料は、裁判所と議会による統治活動の協働性を促進する点に有用性が見出される。

例えば Strauss は、議会のパートナーである裁判所が制定法解釈に際して立法過程での議論（Strauss の言葉によれば政治資料（political history））に依拠するならば、立法部も裁判所が間違いを犯さないと信頼できるので、裁判所による立法資料の参照は統治の協働性に適合的であるとの見解を示している<sup>(159)</sup>。

また Breyer 判事は、議会と裁判所の協働性の観点からして、議会は、裁判所がその制定法解釈の際に立法目的を認識するために立法資料を利用していると期待できる場合にのみ、立法資料を通じて立法目的を裁判所に伝えることが許される、との考えを示す<sup>(160)</sup>。

---

(158) Breyer, *supra* note 112, at 92, 94.

(159) Strauss, *supra* note 17, at 253, 262-63.

(160) Breyer, *supra* note 112, at 97.

歴史的にみると、かつて制定法のエクイティが通用した社会では、裁判官は制定法をも立案し立法者意思を容易に知り得る立場にあったので、制定法解釈に際して立法資料に当たる必要性は特段なかった。しかし建国後、権力分立原理の確立により裁判官と立法者は職能上分離したので、立法資料は、協調的パートナーとしての裁判官が立法者意思を知るための重要な手段として位置づけ直されるのである<sup>(161)</sup>。

第二に、パーボズイビズムにとって立法資料は、裁判官の制定法解釈が法体系秩序の安定性と一貫性に寄与する点に有用性が見出される。

例えば Breyer 判事は、「立法資料の正当性は、少なくとも部分的には、裁判官が機能的な法体系 (workable set of laws) を認識しこれを作り出すような制定法解釈を、立法資料が寄与する能力がある点に求めることができる。もし裁判所による立法資料の利用がこの種の結果を達成できるのであれば、裁判所は立法資料を、たとえ『合理的な議員』というものが全くフィクションででっち上げだったとしても、一貫性があり比較的整合的な法体系を生み出すための重要な解釈の道具として用いるだろう。」と述べている<sup>(162)</sup>。

Breyer の思考は、場合によっては立法者意思の貫徹よりも整合的法体系の維持を重視する点で協調的パートナー・モデルの視点を有するものである。更に言えば、この視点からは、裁判所が議会の意図しない法解釈を採用することも許容されることになろう。例えば Llewellyn は次のように述べている<sup>(163)</sup>。

「…制定法の目的は二つの全く別種のものから成り立つ…。一方では、立法起草者や委員会、議会の前に自覚的に存在した認識がある…。害悪や目標を指摘する委員会報告書や議場討論…は重要性を持ち得る。」「しかし他方で、制定法が年代を重ねるに連れ次第に、制定法の用語はその可決当時には全く想定されていなかった状況に対処することが求められている。ここで必要なのは、制定法が当初意図した感覚…を適確に認識することではなく、む

(161) Popkin, *supra* note 39, at 122.

(162) Breyer, *supra* note 21, at 867.

(163) Llewellyn *supra* note 132, at 400.

しろ新しい状況に照らして発見されるべき感覚を認識することである。」

更に Sunstein は、裁判所による特定の制定法解釈を是認する法案可決後の立法資料 (post-enactment history) についても、それが議会の一部ないし全部の意向を示すものであり、法解釈の合理性や一貫性を促進する価値を持つものであれば、法解釈に際しての限定的役割を認める<sup>(164)</sup>。これに対し、インテンショナリズムは法案可決後の立法資料は、オリジナルな立法者意思を全く反映していないので、これを参照することには否定的である。

(c) 以上の理由により、インテンショナリズムは、パーポズィビズムの立法資料の扱い方は多分に物語的であり、方法論を持ち得ていないと批判する<sup>(165)</sup>。

#### 4 パーポズィビズムの解釈価値

##### (1) 法の支配

パーポズィビズムは、制定法の個々の法文をその語義通りではなく法目的に照らして解釈し、またその法目的自体も関連法体系全体の中から導き出す。「制定法の目的は、常に、直接的目的あるいは関連する諸目的だけでなく、特定の制定法が法体系全体の中にどのようにして適合させられるべきとされたのかに関する、より大きく、より捉え難い目的を包含するものとして扱われなければならない<sup>(166)</sup>。」従ってパーポズィビズムの下では、制定法解釈の一貫性ある整合的な運用が可能となる<sup>(167)</sup>。

またパーポズィビズムはニュー・テクスチュアリズムと比較すれば、実体

---

(164) Sunstein, *supra* note 4, at 476. 但し Sunstein はパーポズィビストというよりはプラグマティストである。なお Hart と Sacks も、法目的を認識するために制定法制定後のコンテキストの参照を許容するが、それは裁判所の先例や行政解釈にとどまる。Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1379-1380.

(165) Nourse, *supra* note 35, at 1648.

(166) Hart & Sacks, *supra* note 111, at 1377-78.

(167) Manning, *supra* note 157, at 99; Breyer, *supra* note 112, at 99.

の解釈準則を利用して公的価値の保持に資する特定の解釈を引き出すことは、たとえ文理に反していても法的安定性に資するので、躊躇しない<sup>(168)</sup>。

以上の特徴は、市民にとっても裁判所の推論過程を予測しやすい<sup>(169)</sup>。

## (2) 民主政

パーポズィビズムは制定法の目的に沿った解釈を求める点で抽象的立法者意思の実現は担保されるため、民主的正統性に資する。

この点に関しては、代表民主政の働きを促進する点にパーポズィビズムの利点を見出す Brayer の議論が特徴的である。Brayer によれば、選挙民は制定法の詳細は知らずともその一般的目的是概略的に理解できるので、裁判所が制定法の目的を促進するように解釈すればこそ、選挙民は制定法の意義を知り、また議員が選挙民の選好通りの投票行動を行ったか否かを判断することができ、議会に対する民主的統制を図ることができる。逆に裁判所が制定法の文理を重視しすぎて目的に沿う解釈をしなければ、議会は解釈の結果が芳しくない場合は「裁判所が期待通りの解釈を採らなかったのだ」と言い訳をして、選挙民の意向に沿わない立法を可決させた民主的責任をたやすく放棄できてしまうのである<sup>(170)</sup>。

## (3) プラグマティズム

制定法の個別条文ではなく法目的から解釈することで、パーポズィビズムは裁判官の解釈裁量の余地を大幅に許容する。パーポズィビズムはインテンションナリズム以上に時代状況に合わせ、あるいは予見不能な状況に即したプラグマティズムな解釈を実現しやすい点に解釈理論としての利点がある<sup>(171)</sup>。

## (4) パーポズィビズムと立法過程

(168) Amy Coney Barrett, *Substantive Canons and Faithful Agency*, 90 B.U. L. Rev. 109 (2010), at 116, n25.

(169) Molot, *supra* note 5, at 1247.

(170) Breyer, *supra* note 112, at 94-96.

(171) Eskridge, *supra* note 11, at 26.

裁判所がパーポズィビズムを採用することで、議会があらゆる解釈問題の決着を図るべく詳細な法文を記述する必要性がなくなるので、立法過程の効率性が増す<sup>(172)</sup>。

またパーポズィビズムは、制定法の制定当時の立法者が認識した目的に沿った解釈を彼ら旧・立法者に対して保障するので、次世代の立法者に対しては新法の制定を促す作用を持つとも指摘されている<sup>(173)</sup>。

## 5 パーポズィビズムへの批判

以上のようにパーポズィビズムは法の支配、民主的正統性、プラグマティズムの理念を調和させた最適解の解釈方法論であるように思える<sup>(174)</sup>。また具体的立法者意思など存在しないといった、インテンショナリズムに向けられたリアリズム批判も避けることができる。1950年代から1980年代にかけての制定法解釈論は実務上も理論上もパーポズィビズムの手法が中心を占め、同時期の様々な法分野における判例法理の内容形成に影響を及ぼした。

しかし1980年代頃から、パーポズィビズムに対してもリーガル・リアリズムの継承者、即ちニュー・テクスチュアリストからの厳しい批判が向けられてきた。

### (1) 立法者あるいは立法過程観に対する規範論的（又は制度論的）批判

前述のように、パーポズィビズム＝リーガル・プロセス理論は、1950年代の多元主義政治理論の影響を受けて、「合理的な人間によって構成された立法部が合理的な目的を一致団結して追求している」と措定する。

しかし、そもそも立法者が合理的であれば、法文は常に明白で解釈論議が生じる余地はないのであり、制定法の不備を予め措定するパーポズィビズムには矛盾がある。リーガル・プロセス理論が想定する議会は裁判官そのもの

---

(172) Breyer, *supra* note 112, at 96-97.

(173) *Id.* at 97. 但しこの点はインテンショナリズムの方により妥当するだろう。

(174) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 229.

であり、リーガル・プロセス理論は実態とは異なる制度を前提に理想的な立法者を構想しているに過ぎない<sup>(175)</sup>。

そして、1980 年代頃から公共選択理論が有力になるにつれ、立法者は必ずしも公益を追求して合理的な行動を取るパーボズィビストではなく、再選や所属派閥内での地位の確立など複合的な動機に導かれる不合理で弱い人間であるとして、リーガル・プロセス理論のモデルの前提が疑問視されるようになった<sup>(176)</sup>。公共選択理論によれば、リーガル・プロセス理論の立法者及び立法過程観は、あまりに楽観的である<sup>(177)</sup>。

### (2) リアリズム批判①－法目的の想定不能性

リーガル・プロセス理論は、合理的立法過程において合理的立法目的が創出されるものと措定する。しかし公共選択理論によれば、一般公衆は少数利益集団と比べて集団形成コストが高いために、一般公益が法目的として取り上げられることは困難である。むしろ公共選択理論によれば制定法は妥協を本質とする政治過程を経て形成されるため、制定法の目的は相互に矛盾し合う複数の法目的を複雑に内包する。従って仮に制定法の法目的が一般公益の形態を取り得ていたとしても、その内実は私益目的の集積に過ぎない<sup>(178)</sup>。それ故、具体的立法者意思が存在しないように、抽象的立法者意思も存在し得ず、従ってその存在を基底として解釈することも不可能である<sup>(179)</sup>。

### (3) 裁判官の能力に対する制度論的批判

(175) Nourse, *supra* note 36, at 1149.

(176) リーガル・プロセス理論が前提とする多元主義的立法過程観を採る政治学者は現在では少数であるとされる。Id.

(177) William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *The Making of The Legal Process*, 107 Harv. L. Rev. 2031 (1994), at 2049-51; Eskridge, *supra* note 11, at 26-27; Sunstein, *supra* note 4, at 435.

(178) Manning, *supra* note 32, at 7, 18. 林田清明『《法と経済学》の法理論』（北海道大学図書刊行会、1996 年）225、232～33 頁参照。

(179) Manning, *supra* note 129, at 114; Nourse, *supra* note 35, at 1623; Sunstein, *supra* note 4, at 426-27.

パーポズイビズムは、裁判官がプラグマティズムな解釈を行い得るのは彼が制定法の目的を合理的に知覚できることを前提にする。しかし前述のように、制定法の内部に相互に矛盾する複数の法目的が併存する場合には、裁判官が制定法の合理的目的を正確に認識できるのか、という裁判官の制度論的能力の問題がある<sup>(180)</sup>。

また仮に合理的目的を知覚できたとしても、行政機関のような専門家ではない裁判官が状況に合わせた「筋の通った詳述 (reasoned elaboration)」を行い得るとは限らない。

#### (4) リアリズム批判② - 立法目的の操作可能性 (司法過程)

パーポズイビズムは、裁判官は政治過程の利害関係に囚われることなく、公平無私の見地から合理的客観的な立法目的を発見し、これに照らして制定法解釈を行うものと想定する。

しかし解釈者たる裁判官の恣意より、公益目的の名の下に裁判官の政治的志向に資するような主観的法目的が選択される可能性があるのではないか<sup>(181)</sup>。リーガル・プロセス論は立法者のみならず裁判官に対しても楽観的である。

#### (5) 規範論批判

リーガル・プロセス理論は、立法者は合理的目的を追求して立法するものの、しばしば立法表現に曖昧さが残るから、法目的を適確に知覚する能力を有する裁判官が、議会の忠実な代理人として、あるいは協調的パートナーとして、法文通りでなく法目的に合わせて合理的な解釈を行なう、という構図を描く。

しかし、制定法の形成過程において多数派と少数派が交渉と妥協を行うの

---

(180) Manning, *supra* note 32, at 7, 19; Sunstein, *supra* note 4, at 427-28. 林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註(177)242頁。

(181) Scalia, *supra* note 70, at 17-18; Posner, *supra* note 115, at 819-20; Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 229-30; Cross, *supra* note 29, at 62-63; Eskridge, *supra* note 11, at 27-31.

は具体的な法文表現をめぐってであり、法案提出者（多数派）も法案可決を優先するため法案表現の修正には柔軟に応じがちである。従って、妥結に至った具体の法文表現がしばしば理念的な法目的と合致しない場合が生じる。しかし制定法の個々の条文表現が立法過程における妥結の結果であるとするれば、法文の意味が明確であるにも関わらず、裁判官が見かけの立法目的に傾注し公益促進的な法解釈を行うのは忠実な代理人モデルに反する。むしろ裁判官は、個々の条文表現に示された利益集団間の取引結果こそ忠実に再現すべきである<sup>(182)</sup>。

また、パーポズイビズムは議会と裁判所が統治を協働する協調的パートナー・モデルを想定するが、果たして立法者サイドが同様のモデルを想定しているのかという問題がある。Gluck と Bressman の実証研究に寄れば、立法スタッフの認識は、裁判所が立法資料を用いるべきなのは司法解釈の統制のためであり、プラグマティズムな判断を是認するためではないとされる<sup>(183)</sup>。

#### (6) 民主政的批判

従って裁判官は個々の条文表現に示された利益集団間の取引結果をオリジナルな立法者意思であるとして忠実に再現すべきである<sup>(184)</sup>。裁判官が合理的目的を措定して法文から離れた解釈を行うのは、議会の交渉内容を記録する能力を軽視する解釈である<sup>(185)</sup>。

そもそも Brayer のように、立法者が想定していない立法目的を裁判所が措定してしまう立場は、もはや解釈ではない。パーポズイビズムが協調的パートナー・モデルを前提とする限りで、忠実な代理人モデルと比べれば、少な

(182) Posner, *supra* note 115, at 819; Seidenfeld, *supra* note 19, at 482, 486. 林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註 (178) 222 頁。

(183) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 967.

(184) Caleb Nelson, *What is Textualism?*, 91 Va. L. Rev. 347 (2005), at 370-71. 林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註 (178) 222 頁。

(185) Manning, *supra* note 129, at 118, 137, 147-48, 162-64; Manning, *supra* note 157, at 73.

くとも反民主政的である。

#### (7) フォーマリズム批判

ニュー・テクスチュアリズムによれば、合衆国憲法の制定法成立要件である両院主義要件と大統領送付要件を経た法文以外は、法的拘束力 (force of law) を有さない<sup>(186)</sup>。後述するように (第四節)、Manningによれば、両院主義要件と大統領送付要件の趣旨は、特定党派 (fiction) による立法権潜脱の防止や、熟慮と透明性ある立法過程の確保だけでなく、多数派と交渉する少数派の権利保護がある。法文が明確であるにも関わらず、裁判官が合理的目的を措定して法文から離れた解釈を行うのは、少数派が多数派と妥結して法案への同意と引替えに自派の権利を保全する権利を侵害することになる。従って裁判官は法文上の妥結通りに解釈すべきである<sup>(187)</sup>。

#### (7) 立法過程の熟議の阻害

裁判官がパーポズィビズムによって法文通りではない調整的解釈を行なうことが予想されるとすれば、立法者は法文表現を巡って他の立法者と交渉を行なうのが困難となる<sup>(188)</sup>。

#### (8) 法の支配の価値

法文重視の解釈と比較して、法目的重視の解釈では制定法の被規制者が制定法の権利義務関係を正確に把握し予測可能性を確保するのは困難である<sup>(189)</sup>。

### 6 パーポズィビズムの応答

(1) 以上によれば、パーポズィビズムにもインテンショナリズムと同じくリアリズム批判が妥当する余地があり、パーポズィビズムもその所期する解釈

---

(186) Easterbrook, *supra* note 70, at 68-69; Scalia, *supra* note 70, at 34-35; Manning, *supra* note 70, at 718-19; Mashaw, *supra* note 85, at 843-45.

(187) Manning, *supra* note 32, at 73-78.

(188) Manning, *supra* note 157, at 77, 105-106.

(189) Scalia, *supra* note 70, at 17.

手段を果たし得ないことになる。同時に、合理的人間が合理的に討論した記録と想定されていた立法資料がもつ「目的論的価値」についても疑問が呈される結果となった。

以上に対しパーポズィビズムは、会社や自治体、州、国家、弁護士会について、法律学は個人の意思とは区別された集団的意思を措定するのが通常であり、裁判官が（仮に困難であるとしても）制定法の目的を探ることは不可欠であると反論する<sup>(190)</sup>。裁判官の法目的の認識能力については、通常、人間は他者の会話の目的を認識して行動しており、なぜ裁判官の場合だけできないと考えるのか、仮に困難だとしても、全て放棄する理由にはならないと応える<sup>(191)</sup>。また裁判官の法解釈の恣意性は、パーポズィビズムでなくても起き得ることであり、むしろパーポズィビズムは裁判官に対しどのようにして法目的を発見したかの説明を要請するので、テクスチュアリズムと比べて、恣意的な法目的の選択は起こりにくい、などと反論している<sup>(192)</sup>。

(2) とはいえ、法目的を重視した反文理解釈に対する理論的疑義の影響力が強まるにつれ、最近では、パーポズィビズムは解釈裁量の余地を是認していた伝統的立場から離れ変容しつつある（あるいは Hart の Sacks の当初の立場への回帰というべきか）ことが指摘されている<sup>(193)</sup>。連邦最高裁では必ずしもテクスチュアリストではない最高裁判事の制定法解釈が、多数意見形成戦略の関係からか、法文表現を重視する観点から法目的の構築と範囲付けを行う傾向が見られ（Manning はこれを「ニュー・パーポズィビズム (new purposivism)」と呼称する<sup>(194)</sup>）、また州レベルの解釈実務にあっても、法文が不明確な場合に限って法目的や立法資料を参照する傾向が見られることが指

(190) Katzmann, *supra* note 20, at 667; Breyer, *supra* note 112, at 99.

(191) Breyer, *supra* note 112, at 100.

(192) *Id.* at 100.

(193) Manning, *supra* note 129, at 149, 154-55.

(194) *Id.* at 129-130.

摘されている<sup>(195)</sup>。

## 7 補論；想像的再構成理論 (imaginative reconstruction theory)

### (1) 概要

制定法の制定当時の立法者の意思を探求するオリジナリズムの方法論として、インテンショナリズムのように立法資料という物証にあたる考古学的方法ではなく、立法者であれば当該解釈問題をどのように考えたかを想像して結論を決する思考実験的方法がある。

かつて Richard A. Posner は、制定法を解釈する裁判官の業務について、「可能な限り制定法を制定した議員の精神の中に自らの方法を考察しようと試み、そして、彼らであれば制定法を本件でどのように適用されるのを望んだであろうかと想像すべきである」とし (傍点筆者)、このような法解釈方法論を想像的再構成 (imaginative reconstruction) 論と呼んだ<sup>(196)</sup>。そして Posner は立法者の立場を想像する際、制定法の法文や法目的、その背景や構造、立法資料ばかりでなく、制定法が制定された当時の価値や考え方を参照すべきであるとした<sup>(197)</sup>。

Posner はその想像的再構成論を、主として Learned Hand 裁判官の方法論から示唆を受けたとしつつ、更にその起源を、Heydon 事件や Blackstone の『イングランド法釈義 (Commentaries on the Laws of England)』に求めている<sup>(198)</sup>。

---

(195) Abbe R. Gluck, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, 119 Yale L.J. 1750 (2010), at 1842-43.

(196) Posner, *supra* note 115, at 817; Richard A. Posner, *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, 37 Case W. Res. L. Rev. 179 (1986), at 190. Posner の議論については、林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註 (178) 260～61 頁参照。なお前田達明「法解釈について」『民法学の展開』(成文堂、2012年) 52 頁参照。

(197) Posner, *supra* note 115, at 818-19.

(198) *Id.* at 817, n60.

想像的再構成論は、制定法のエクイティに関して Edmund Plowden が語った判例注釈にも見出される<sup>(199)</sup>。またかつて Roscoe Pound も、1907 年の論文「偽装的解釈 (spurious interpretation)」において、法と道德の交錯が見られる分野として真の解釈 (genuine interpretation) と偽装的解釈 (spurious interpretation) の相対化の問題を取り上げた際に<sup>(200)</sup>、「既存の法の立法者の真の意図に到達するための形態」として、「立法者が立法した環境における立法者の立場を推測することによって、…立法者が意図したことを直接的に見出そうとする」制定法解釈を「真の解釈 (genuine interpretation)」の一つとして挙げている<sup>(201)</sup>。

想像的再構成論とパーポズィビズムは方法論として類似する点があるが、Pound の言説からも示唆されるように、想像的再解釈構成は具体的立法者意思説に近い<sup>(202)</sup>。Posner も、立法者は法の文言や構造を通じて解釈者の解釈の幅を制約しようとすることがあるので、裁判官はとりわけそのような意図に留意すべきであると述べている<sup>(203)</sup>。

想像的再構成論の影響力は、1950 年代にリーガル・プロセス理論が登場する頃までには既に失われていたが<sup>(204)</sup>、Posner が 1983 年の論文でこの方法論の有用性を述べたことで、再度注目を集めることとなった。

## (2) 想像的再構成理論の背景

Posner の関心は、パーポズィビズムに対する公共選択論からの批判に同調し、よりリアリズムに即した方法論を構築することにあつた。Posner は、制

(199) Eyston v. Studd, (C.P. 1574) 2 Pl. Com. 459, 467, 75 Eng. Rep. 688, 699 (reporter's commentary).

(200) Roscoe Pound, *Spurious Interpretation*, 7 Colum. L. Rev. 379 (1907), at 380. 拙稿「アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (2)」広島法学 39 卷 1 号 30 ~ 31 頁参照。

(201) Pound, *supra* note 135, at 381.

(202) William N. Eskridge, Jr., *Legislative History Values*, 66 Chi.-Kent L. Rev. 365 (1990), at 384.

(203) Posner, *supra* note 115, at 818-19.

(204) Eskridge, *supra* note 11, at 211-13.

定法の多くが利益集団間の妥協の産物であり、唯一の確定的目的を持ち得ないとの利益集団政治過程観を前提して、パーボズィビズムのように裁判官が自らの公益観に基づいて判断代置的な解釈を行うのではなく、法文や立法資料を適宜参照して、シンプルに個々の条文表現に示された利益集団間の取引結果のみを忠実に再現すべきであるとの立場を採っている。Posnerによれば、制定法を解釈によって現代の価値に適合するようアップデートするのは裁判官の仕事ではない<sup>(205)</sup>。こうしてPosnerは想像的再構成理論を用いることで、忠実な代理人モデルとリーガル・リアリズムの調和を図ろうとしたのであった<sup>(206)</sup>。

この想像的再構成理論の下では、立法資料は立法者の解答を想像するために利用されるに過ぎないこととなる。従って、例えば特定の立法資料を法文と同程度に権威的に利用しているといった憲法上の批判や、立法者意思の措定性に対するリアリズム批判からは、差し当たり逃れることができるだろう<sup>(207)</sup>。

### (3) 想像的再構成理論への批判

しかし想像的再構成理論にあっても、立法者集団の中で誰の意図を推測するのか、その意図をどの程度想像し再構成するのか、その意図を推定する際に解釈者にとって恣意的な帰結が混入されるおそれはないのか、といったリアリズム批判は当然に想定される<sup>(208)</sup>。これに対しPosnerは、これらの問題は結局、裁判官の個性にかかる問題であり、無責任な裁判官であればどのような方法論であれ恣意的な解釈は起り得るのだから、想像的再構成理論に固有の問題ではないと回答している<sup>(209)</sup>。このようにPosnerは、裁判官が立法者

---

(205) Posner, *supra* note 115, at 818-19.

(206) Eskridge, *supra* note 202, at 405-406.

(207) *Id.* at 385.

(208) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 227-28; Eskridge, *supra* note 11, at 22-24.

(209) Posner, *supra* note 115, at 817.

と同様の立法能力を有することを前提に、その想像が虚偽なく実現されることを信頼するから、裁判官の制度論的能力や高潔性を相当高く評価する。しかし当然、このような制度論的前提には疑問が残る。

更に想像的再構成理論は、立法者の現実的行動に関する仮説を離れて裁判官による制定法の合理的再構成を許容する部分もあり、具体的立法者意思説が本来前提としていた議会の意思を忠実に再現するという忠実な代理人モデルから離脱する側面を有している<sup>(210)</sup>。実際、Posner の議論には、既に立法資料に独自の価値は見出されていない。Posner の立場はその後、裁判官による何らかの価値判断が現実に法解釈の決定要素であることを率直に認め、結果的に望ましい法解釈に至ったか否かに関心を寄せるべきとするプラグマティズムの立場に変容している<sup>(211)</sup>。

(続く)

---

(210) Eskridge, *supra* note 202, at 386.

(211) Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990), at 71-74, 270, 299-302. 林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註 (178) 257 ~ 258 頁。