

# アメリカにおける制定法解釈と立法資料 (6)

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

第二節 インテンショナリズム (以上、広島法学 40 巻 2 号)

第三節 パーポズイビズム (以上、広島法学 40 巻 3 号)

### 第四節 ニュー・テクスチュアリズム

#### 1 概論

2 ニュー・テクスチュアリズムの理論的正当性

3 ニュー・テクスチュアリズムの解釈価値

4 ニュー・テクスチュアリズムへの批判

5 小括 (以上、本号)

## 第四節 ニュー・テクスチュアリズム

### 1 概論

(1) テクスチュアリズム (textualism: 文言主義/文理主義/原文主義/法文尊重主義) は、法とは制定法の法文それ自体であり、制定法解釈は法文自体から論理的に演繹されるべきものとする立場である。

テクスチュアリズムはとりわけ言語的解釈準則 (linguistic canon) を重視し、中でも「制定法は、その文言が明白であるならば、その意味通りに解釈され

なければならない」との解釈準則 = 明白な意味の準則 (plain meaning rule) を重視する<sup>(212)</sup>。

理論的には、この明白な意味の準則を厳格に適用し、それにより制定法解釈の結果がたとえ非常識な結果 (absurd result) になるとしても、裁判所は法文通りに解釈適用すべきであるとの立場も考え得る。しかし、明白な意味の準則とは別に、「制定法の文言が非常識又は違憲の結果を示したり、文書の単純な書き誤り (scrivener's error) である場合は、明白な意味の準則は適用すべきではない」との不合理準則 (absurdity canon) も存在する。テクスチュアリストの中には、明白な意味の準則が不合理準則に劣位することを特定の場合に許容する論者もいるが<sup>(213)</sup>、不合理準則を採用すればテクスチュアリズムの理論の一貫性が確保されなくなることから、学説内部では論争がある<sup>(214)</sup>。

## (2) ニュー・テクスチュアリズムの方法と論者

ニュー・テクスチュアリズム (New Textualism) とは、Eskridge が 1990 年に執筆した論文において、当時の最高裁判事が執筆する各種意見に顕れた特定の傾向を持つ制定法解釈方法論を呼称したものである。

Eskridge によれば、ニュー・テクスチュアリズムの方法は次の通りである<sup>(215)</sup>。第一に、制定法解釈の対象は制定法の文言についての「通常の用法」であり、その際、法の構造や言語的解釈準則といった「コンテキスト (文脈)」に着目する。第二に、それらにより制定法の文言の明白な意味が認識できるなら、それ以上に制定法の目的や行政解釈、特定の結論を推定させる実体的解釈準

---

(212) Harry Willmer Jones, *The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes*, 25 Wash. U. L. Rev. 2 (1939), at 5.

(213) See *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989), at 527 (Scalia, J., *concurring*); Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012), at 234-39. なお同書については、浅香吉幹「著書紹介：法テキスト解釈の方法論」アメリカ法 [2013 - 1] 参照。

(214) See John F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003).

(215) Eskridge, *supra* note 66, at 623, 656-66; Eskridge, *supra* note 138, at 1090-91.

則 (substantive canon) に依拠した解釈作業を不要とする。第三に、立法資料については、たとえ法文が曖昧であっても、また解釈の正当性を確認する用途であっても、利用を禁止する。

ニュー・テクスチュアリズムの論者としては、裁判官では、最近死去した Antonin Scalia 最高裁判事<sup>(216)</sup>、John Roberts 最高裁長官<sup>(217)</sup>、Clarence Thomas 最高裁判事、Anthony Kennedy 最高裁判事、Frank H. Easterbrook 合衆国第 7 巡回区控訴裁判所裁判官らがおり<sup>(218)</sup>、一般にニュー・テクスチュアリズムは保守系裁判官の方法論として採用される傾向がある<sup>(219)</sup>。

公法研究者では John F. Manning や Adrian Vermeule がニュー・テクスチュアリストであり、その他、公法研究者では Jerry L. Mashaw や Richard J. Pierce, Jr. らが<sup>(220)</sup>、また政治哲学者の Jeremy Waldron が<sup>(221)</sup>、ニュー・テクスチュアリズムに好意的立場を示している。

これらの論者のうち、ニュー・テクスチュアリズムの理論形成にとりわけ影響を与えたのは Scalia 判事である。また共に Scalia のロー・クラークの経験があり<sup>(222)</sup>、ハーバード・ロー・スクールの研究者である Manning と Vermeule の影響により、ロー・スクール教育でもニュー・テクスチュアリズ

(216) Scalia 判事の制定法解釈観については、松井茂記「アントニン・スカリア裁判官の司法哲学・憲法理論」アメリカ法 [1994 - 2] 263 頁、大林啓吾・横大道聡「連邦最高裁裁判官と法解釈」前掲註 (112) 160 ~ 165 頁参照。

(217) 芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁ロバーツ・コートの司法的ミニマリズム分析 (1) 現代アメリカ法の制定法解釈論」法学 75 卷 2 号 (2011 年) 102、106 ~ 107 頁参照。

(218) Easterbrook, *supra* note 70.

(219) Margaret H. Lemos, *The Politics of Statutory Interpretation*, 89 Notre Dame L. Rev. 849 (2013), at 851-53, 62-63.

(220) Mashaw, *supra* note 85, at 838; Richard J. Pierce, Jr., *The Supreme Court's New Hypertextualism: An Invitation to Cacophony and Incoherence in the Administrative State*, 95 Colum. L. Rev. 749 (1995), at 750-52.

(221) ジェレミー・ウォルドロン (長谷部恭男・愛敬浩二・谷口功一訳)『立法の復権 - 議会主義の政治哲学』(岩波書店、2003 年) 29 ~ 33 頁参照。

ムが講じられる傾向にあると指摘されている<sup>(223)</sup>。

### (3) ニュー・テクスチュアリズムの考慮要素

#### (a) 文言の通常の用法

ニュー・テクスチュアリズムは、制定法の文言を「合理的人間が制定法制定当時の社会生活で使用している言語慣習」に沿って読む。Scalia は次のように述べる。「法的効力を持つ法文を所定の事実へ適用する際、十分な言語能力を備えた合理的読者であれば、法文が制定された当時それをどのように理解していたであろうか、ということに基礎付けて決定する<sup>(224)</sup>。」これにより制定法の文言の意味が明白であれば、それ以上に解釈問題は生じない。

但しここで想定される「合理的人間」とは、必ずしも制定法の適用を受けける市民のことばかりではない。Scalia は、*Green v. Bock Laundry Mach. Co.* において次のように述べている<sup>(225)</sup>。

「制定法集にある用語の意味は、議会の大部分の構成員によって理解されてきたと証明できる意味に基づいて決定されるべきではない。むしろ、①コンテキストと通常の用法に最も合致し、従って制定法用語について投票した議会全体によって理解されてきた可能性が最も高い意味に…、そして、②当該条項が組み込まれることになる周辺の法体系に最も適合する意味に基づいて—その適合性については議会は常に心に留めていると我々は寛大な擬制 (benign fiction) によって想定するが—決定されるべきである。私は最高裁によって議論されてきたいかなる歴史的資料や立法資料も、またそれが組み合わせられたものも、全て利用を許さないだろう。それら資料は、上述のファクターが示す結論とは異なるものに私を導くのである。」

---

(222) John F. Manning, *In Memoriam: Justice Antonin Scalia*, 130 Harv. L. Rev. 14 (2016), at 14-15.

(223) Nourse, *supra* note 36, at 1137.

(224) Scalia & Garner, *supra* note 213, at 33. See also Frank H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 59 (1988), at 65.

(225) *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989), at 528 (Scalia, J., *concurring*).

つまり Scalia によれば、制定法の文言が「通常の用法」に沿って理解されるべきなのは、寛大なる擬制 (benign fiction) により、「制定法を可決する際に全議員が合理的に認識し得た意味」、その意味での「通常の用法」に限定されるべきだからである。

(b) 法構造と言語的解釈準則

上述の通り、文面の明白性を追求するとしても、ニュー・テクスチュアリズムによれば「明白な意味」は様々な「コンテキスト (context)」の中で解釈されなければならない<sup>(226)</sup>。その意味で、ニュー・テクスチュアリズムは古典的な直訳主義 (literalism) の単なるリバイバルではない。

「コンテキスト」のうち、ニュー・テクスチュアリズムが特に重視するのは制定法や関連法の「構造」、また「言語的解釈準則」である。特に用いられる傾向にある言語的解釈準則が、①不必要な意味の排除則 (the rule against superfluities: 意味の似通った二つの用語がある場合には、それぞれに別個の意味を付与すべし)<sup>(227)</sup>、②制定法全体解釈準則 (the whole act rule; 制定法の用語は制定法内部で一貫性ある意味が採られていると推定される)<sup>(228)</sup>、③法典全体解釈準則 (the whole code rule; 制定法の用語は合衆国の法典内部で一貫性ある意味が採られていると推定される)<sup>(229)</sup>。

即ちニュー・テクスチュアリズムは、当該文言がそれ自体で、あるいは制定法全体の中で、あるいは別の制定法において、どのような意味で用いられているか、ある解釈を採用することで別の用語・条文が意味の無いものとならないか、といった「体系／全体 (holistic)」に着目して文言の「明白な意味」

(226) Manning, *supra* note 32, at 108-109; Manning, *supra* note 70, at 696; Scalia, *supra* note 70, at 23; Manning, *supra* note 157, at 92. See also Mashaw, *supra* note 85, at 835-36.

(227) Barnhart v. Thomas, 540 U.S. 20 (2003), at 26; Scalia & Garner, *supra* note 213, at 174-79.

(228) West Virginia University Hospitals, Inc. v. Casey, 499 U.S. 83 (1991), at 89; Scalia & Garner, *supra* note 213, at 167-69.

(229) Scalia & Garner, *supra* note 213, at 252-55.

を確定する(体系的解釈ないし論理解釈)<sup>(230)</sup>。例えば Scalia は次のように述べている<sup>(231)</sup>。

「…制定法解釈 (statutory construction) は体系に係わる試み (holistic endeavor) である。ある条項は、そのみでは曖昧なように思えても、残りの制定法の枠組みに照らすことで明確になることがしばしばある。なぜなら、同一の専門用語はその意味を明確にするコンテキストにおいて制定法のどこかで使用されているからであり…、また許容できる唯一の意味のみが法の残り部分と整合する実体的効果を生み出すからである。」

### (c) 辞書

また 1990 年時点で Eskridge の論文が強調するところではなかったが、近年のニュー・テクスチュアリズムは、制定法の明白な意味を確定する際に、一つ又は複数の辞書を補強的に利用する傾向が顕著である<sup>(232)</sup>。利用される辞書ブランドは判事によって様々であり、また同一辞書ブランドでも版が異なるものが利用されている。

尤も、このような辞書利用の傾向はパーポズィビストである Brayer 判事にもあり、必ずしもニュー・テクスチュアリズム固有の特徴という訳ではない<sup>(233)</sup>。ただ用語の意味を決定する際に、辞書利用の頻度の高まりに合わせて立法資料や立法目的といったコンテキストの参照頻度が低下する傾向があり<sup>(234)</sup>、それ故にニュー・テクスチュアリズムの特徴として語られやすいのであろう。

---

(230) John F. Manning, *Legal Realism and the Canons' Revival*, 5 Green Bag 2d 283 (2002), at 284; Eskridge, *supra* note 66, at 660-63.

(231) *United Savs. Ass'n of Texas v. Timbers of Inwood Forest Assocs.*, 484 U.S. 365 (1988), at 371.

(232) Manning, *supra* note 67, at 69-70. 1986 年から 2011 年までの刑事法、労働法、商法分野の最高裁判事執筆意見を対象とする研究として、James J. Brudney & Lawrence Baum, *Oasis or Mirage: The Supreme Court's Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras*, 55 Wm. & Mary L. Rev. 483 (2013).

(233) *Id.* at 488-90.

(234) *Id.* at 493-94.

(d) 実体的解釈準則

ニュー・テクスチュアリズムは、一般に言語的解釈準則と比べ、「コンテキスト」としての実体的解釈準則に好意的ではない<sup>(235)</sup>。例えば Scalia は、実体的解釈準則では統一的で客観的な解釈を導くことは困難であり、立法者が実体的解釈準則を意識して制定法を制定したとも言い難いこと、更に立法資料と合わさることで恣意的解釈の危険性が一層増加するとして、実体的解釈準則の有用性を批判する<sup>(236)</sup>。

実体的解釈準則は予測可能性と客観性を制定法解釈にもたらすので法の支配の解釈価値に資さないとは必ずしも言えないが<sup>(237)</sup>、他方で実体的解釈準則は特定の立場に有利な結論が出るよう歴史的に形成された政策的価値判断を含んでいるので、制定法について二つの解釈が並び立つ場合にある実体的解釈準則の利用を議会は許容していたと理解して一方の解釈を選択することは、確かに恣意的であろう。

但しニュー・テクスチュアリズムは、連邦主義 (federalism) や主権免責特権 (sovereign immunity) の排除に関する明確な言明準則 (clear statement rule) については、好意的見解を有する者が多い<sup>(238)</sup>。

また、後述 (第五節) する Chevron 判決の法理を準則視した行政解釈の尊重準則 (agency deference canon)、即ち「行政機関が執行する制定法の法文表現が曖昧である場合には、制定法に反対の意思が明確に示されている場合を除いて、裁判所ではなく民主的応答性を有する行政機関に解釈権が默示的に委任されている」と推定する準則についても、同様に好意的である<sup>(239)</sup>。

---

(235) Barrett, *supra* note 168, at 117-18.

(236) 例外は寛大な刑罰の準則 (rule of lenity) である。Scalia, *supra* note 70, at 27-29, 36; Scalia & Garner, *supra* note 213, at 296-302.

(237) William N. Eskridge, Jr., *Norms, Empiricism, and Canons in Statutory Interpretation*, 66 U. Chi. L. Rev. 671 (1999), at 678-82.

(238) Scalia & Garner, *supra* note 213, at 278-94.

しかし、なぜこれらの実体的解釈準則の場合だけ、「特に適用除外が明言されない限り議会は実体的解釈準則に依拠して法を制定したはずである」と言えるのか。例えば Sunstein は権力分立原理からして Chevron 解釈準則を立法部が採用するのは矛盾があると批判する<sup>(240)</sup>。この問題については第五節で検討する。

(e) 立法資料

最後にニュー・テクスチュアリズムは、1980年代以前のテクスチュアリズム(寛大なテクスチュアリズム)と異なり、「議会のコンテキスト (congressional context)」、つまり立法資料の参照を排除する(立法資料排除準則)。

但しこの準則をどの程度貫徹するかについては、ニュー・テクスチュアリズムの内部においても見解が分かれる。例えば Scalia は、裁判官が立法資料を用いて制定法解釈を行うことは、たとえ制定法の「明白な意味」を論駁するためではなく、それを確認するためであったとしても許容しない<sup>(241)</sup>。

他方で Manning は、裁判所が制定法解釈のその他のコンテキストと照らし合わせることによって、(歴史的事実などの)立法資料の内容の客観的正確性、説得性、非操作性が「十分かつ独立に検証 (full and independent verification)」された後であれば、制定法解釈の正当性を確認する目的で立法資料を参照す

---

(239) John F. Manning, *Chevron and Legislative History*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 1517 (2014), at 1525-27, n53.

(240) Sunstein, *supra* note 4, at 444-46.

明示的な委任がない限り、行政機関の解釈権限を委任しない議会意思を推定する判例法理を検討するものとして、釧持麻衣「アメリカにおける立法権委任法理の変遷と新たな展開(2・完)」自治研究90巻8号(2014年)、その他、筑紫圭一「米国における行政立法の裁量論(3)」自治研究86巻10号(2010年)103頁、周作彩「アメリカ行政法における行政裁量問題(2)」一橋大学研究年報法学研究26号(1994年)275～276頁参照。

(241) See *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), at 665-68 (Scalia, J., *dissenting*). Scalia が立法資料の利用を認めるのは、不合理準則の適用を排除する場合など極めて限られている。Scalia & Garner, *supra* note 213, at 388.

ることは許されるとする<sup>(242)</sup>。後述するように、Manning は立法者が立法資料をもって解釈者に立法者意思を伝達することが議会の自己委任 (congressional self-delegation) の禁止の法理に違反する、との立場を採るので、立法資料がそのような効果さえ持たなければ構わないからである。

なおニュー・テクスチュアリストは、憲法解釈については憲法制定権者の起草者意思を重視するオリジナリズム (originalism: 原意主義、始原主義) を採用する者が多く<sup>(243)</sup>、憲法解釈と制定法解釈間の方法論的整合性は一つの問題である。しかし Scalia によれば、憲法解釈ではあくまで「憲法原理」についての憲法制定当時の人々 (とりわけ有益な憲法起草者) の理解を歴史的文書から推測しているに過ぎず、(立法資料の使われ方がそうであるように) 個々の条文について憲法起草者が全ての解釈問題を把握していたと想定して、歴史的な文書を権威的意味合いで使用している訳ではない<sup>(244)</sup>。

## 2 ニュー・テクスチュアリズムの理論的正当性

以下では、なぜニュー・テクスチュアリズムが立法資料の参照を排除するのか、その理論的根拠を検討する。

### (1) 公共選択理論

---

(242) 例えば制定法が確立された専門用語を用いている場合にその採用の旨を述べる立法資料のように、客観的で操作不可能な内容を含む立法資料であっても、裁判官はその他の制定法での用法といったコンテキストをも利用して (その際、立法資料の制度論的特性に着目するのではなく、あくまで準備書面と同じ扱いをしなくてはならない)、その内容の正確性と説得性を十分かつ独立に検証する必要があると述べる。Manning, *supra* note 70, at 731-32, 736-37.

(243) Manning, *supra* note 32, at 26 & n.110.

(244) Antonin Scalia & John F. Manning, *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, 80 Geo. Wash. L. Rev. 1610 (2012), at 1618-19. *See generally* William N. Eskridge, Jr., *Should the Supreme Court Read The Federalist but Not Statutory Legislative History?*, 66 Geo. Wash. L. Rev. 1301 (1998).

初期のニュー・テクスチュアリズムの理由付けは、第二節で検討した公共選択論的思考を背景として、利益集団の立法過程に対する危惧を強調するものであった。例えば Scalia は委員会報告書について、議員がその形成に関与せず利益集団が影響力を行使しがちであるとの懸念を、最高裁判事に着任する 1986 年より以前から示していた<sup>(245)</sup>。

しかしその後のニュー・テクスチュアリズムは、次第に公共選択論を強調せず、次に見るように、よりフォーマリズム (法形式論) を重視する傾向にある<sup>(246)</sup>。公共選択論は直感的にすぎ、実証分析を欠くとインテンショナリズムから反論される一方で、フォーマリズムであれば立法資料の法源性や効率性、信用性の議論の是非に関わりなく、テクスチュアリズムの貫徹が企図できることによるものと思われる<sup>(247)</sup>。

但しニュー・テクスチュアリズムの背景に、立法過程が複雑・不透明で戦略的であり信用ならないものであるという懐疑の見方が潜んでいた事実は<sup>(248)</sup>、ここで留意されてよい。

## (2) ニュー・テクスチュアリズムの法形式論

ニュー・テクスチュアリズムの憲法論は以下の三つの変遷過程をたどる<sup>(249)</sup>。

### (a) 制定法成立要件論 (Chadha 判決)

ニュー・テクスチュアリズムの当初の見解は、合衆国憲法の制定法成立要

---

(245) Hirschey v. FERC, 777 F.2d. 1 (D.C. Cir. 1985), at 7-8 (Scalia, J., *concurring*). 他方で当時の Scalia は、修正提案を否決する議会議場での討論記録などは制定法解釈に利用しうる余地を残していた。これは控訴審裁判所裁判官として、最高裁の当時の解釈慣行に配慮したことも影響していると指摘されている。Eskridge, *supra* note 66, at 651-52.

(246) Manning, *supra* note 73, at 1289-90, 1303-04, 1309-10. 芹澤英明「アメリカ合衆国最高裁判所・コートの司法的ミニマリズム分析 (1)」前掲註 (217) 109 頁。

(247) Manning, *supra* note 73, at 1304-1307.

(248) John F. Manning, *Textualism and Legislative Intent*, 91 Va. L. Rev. 419 (2005), at 431-32; Richard J. Pierce, Jr., *The Role of the Judiciary in Implementing an Agency Theory of Government*, 64 N.Y.U. L. Rev. 1239 (1989), at 1258.

件（合衆国憲法第 1 編第 7 節第 2 条）に注目するものであった。

ところで、この制定法成立要件が最高裁判決の理由付けの背骨となった事例として知られるのが *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) である。同事件は、上下両院がそれぞれ単独で法務総裁による国外退去強制処分停止決定を無効とする決議をすることが、移民国籍法（Immigration and Nationality Act）の下で許容されていた点の合憲性が問題となった事案である。Chadha 判決は、人民の権利義務関係の変更は「立法権」の行使であり、そのためには合衆国憲法第 1 編第 7 節第 2 条の両院条項と大統領送付条項を充たす必要があるとした上で、国外退去強制処分停止決定に対して下院が単独で議会拒否権（legislative veto）を行使するのは、上記の憲法手続を欠いて違憲と判示した<sup>(249)</sup>。

この議会拒否権の行使と同様に、両議院によって可決され又は大統領に送付されている訳ではない立法資料は、あくまで一議院の（あるいは議会内部の小集団の）意見に過ぎないから法的拘束力（force of law）を有さず、これを制定法解釈の対象とすることは憲法違反である<sup>(251)</sup>。Scalia は、次のように述べる<sup>(252)</sup>。

「テクスチュアリズムに向けられた批判の中でも最も愚かなものは、それが『形式主義的』

(249) 下記の議論のほかに、立法資料の利用を許すと裁判官を政治過程の領域に誘導することになり、合衆国憲法第 1 編及び第 2 編に反するからインテンショナリズムは許されないとする議論がある。Kenneth W. Starr, *Observations About the Use of Legislative History*, 1987 Duke L.J. 371, at 376. これはかつて Jackson 判事が示した見解でもあった。拙稿「アメリカにおける制定法解釈と立法資料（3）」広島法学 39 卷 2 号 66～68 頁参照。

(250) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), at 956-58. 松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法－議会拒否権制度の崩壊とその意味するもの（1）～（3・完）」阪大法学 133・134 号、135 号、136 号（1985 年）参照。See generally *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

(251) 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.

(252) Scalia, *supra* note 70, at 25.

である、というものである。テクスチュアリズムは勿論、形式主義である。法の支配は形式に関するものである。…願望が拘束性のある法になるためには、事前に両院で可決され大統領に署名される法案になっていなければならない。これは形式主義ではないのか？」

しかし上記の立論には次の問題点がある。第一に、法解釈のあり方は「司法権」(合衆国憲法第3編)の問題であるから、合衆国憲法第1編第7節第2条を持ち出すことには議論の混同が見られる。そして合衆国憲法第3編自体、制定法解釈の方法について何も語るものではない。従って一議院が単独で立法権を行使する場合の禁止規範性を判示した *Chadha* 判決を、立法資料排除準則の先例として挙げるのも不適當である<sup>(253)</sup>。

第二に、ニュー・テクスチュアリズムは制定法の意味を確定する際に立法資料の利用を禁止するが、解釈準則や辞書については許容する。しかし立法資料が憲法要件を経ていない点を批判するのであれば、裁判所は同じく憲法要件を経ていない解釈準則やコモン・ロー、先例、辞書、学術論文も利用できないはずだから、なぜこれら外部資料の利用については立法資料と異なって合憲なのか説明がつかない<sup>(254)</sup>。

#### (b) 立法権の委任禁止の法理 (nondelegation doctrine)

上記の問題もあり、ニュー・テクスチュアリズムは憲法上の制定法成立要件のみに依拠するのではなく、その背後にある統治原理に議論軸を移行させた。即ち、合衆国憲法は立法権を議会にのみ付与しているところ、裁判所が制定法の意味を確定するために立法資料を利用すれば、実質的に議会の下部

(253) Eskridge, *supra* note 11, at 230; Seidenfeld, *supra* note 19, at 483-84; Breyer, *supra* note 21, at 862-63; Eskridge, *supra* note 66, at 672.

(254) Nourse, *supra* note 2, at 344; Brudney, *supra* note 16, at 42-43; Katzmann, *supra* note 20, at 676; Breyer, *supra* note 21, at 862-63; Cross, *supra* note 29, at 34.

*Chadha* 判決内部でも、行政機関が議会の委任を受けて立法権を行使していることを説明できないとする White 判事の有力な批判があった。Chadha, 462 U.S. 919, at 984-89 (White, J., *dissenting*). See Jonathan R. Siegel, *The Use of Legislative History in a System of Separated Powers*, 53 Vand. L. Rev. 1457 (2000), at 1464-70; Manning, *supra* note 70, at 716-17.

組織が立法権を行使したのと同様の結果となるから、立法資料の利用は禁止されるべきである<sup>(255)</sup>。これに対し、辞書などは法文の通常の意味を理解するために使用されるのであり、下部組織の起草者意思を示す立法資料とは利用の意味合いが異なる<sup>(256)</sup>。

例えば Bank One 判決における Stevens 判事の「多忙論」について、Scalia 判事は次のように反論している<sup>(257)</sup>。

「Stevens 判事は、…少数の委員会メンバーの意図はそれでも重要である、なぜなら、議員は『忙しい人達』であり、『多くの議員は責任ある委員会の見解を進んで是認する』からである、と主張する。…しかし、Stevens 判事が、議会が制定法の詳細を委員会に委ねる意欲について語っているのだとすれば、それは憲法のまさに最初の条項によって禁じられている。合衆国憲法第 1 節第 1 条は、『全ての立法権は上院と下院で構成される合衆国の連邦議会に与えられる』と規定する。これまで常に想定されてきたのは、これら立法権は委任し得ない、あるいは、John Locke が述べるように、立法権は『法を作る権力であり、…立法者を作る権力ではない』ということである。下院議員は、法案の大雑把な概略のみを議会全体で可決し、詳細の執筆と採択そして投票を、所管委員会のみ委ねるというやり方で活動しようと思えばできる、などとは誰も考えないだろう。こうして、仮に立法が法文を採択するのではなく『意思』を形成するのであれば（私はその主張に賛同しないが）、議会は意思の形成を少数の議員集団に委ねることはできず、憲法が述べるように、議会の意思を形成しなければならない。この点は避けがたい事実である。議会全体の意思を反映していない立法資料は証拠力が無い。議会全体の意思を反映する立法資料などというものは空想である。」

しかしこの立法権委任禁止論にも次のような問題点がある。行政機関と裁

(255) Scalia & Manning, *supra* note 243, at 1617. 但し、権力分立ないし憲法構造に照らしたインテンショナルリズム批判は、既に Max Radin が先鞭を付けていた。Radin, *supra* note 68, at 870-71.

(256) Scalia & Manning, *supra* note 243, at 1616.

(257) Bank One Chi., N.A. v. Midwest Bank & Trust Co., 516 U.S. 264 (1996), at 279-80 (Scalia, J., *concurring in part and concurring in the judgment*); Scalia, *supra* note 70, at 35; Scalia 「法律解釈における立法史の利用について」前掲註 (70) 77 頁参照。

判所は制定法の意味が曖昧な場合、自ら制定法の意味を確定している。後述(第五節)するように、Chevron 判決によればこの作用は議会が当該権限を行政機関や裁判所に明示的ないし黙示的に委任していることに由来するから、形式的な権力分立論では、なぜ議会は委員会についてのみ当該作用を委任できないか、説明が困難である<sup>(258)</sup>。

(c) 立法権の自己委任 (legislative self-delegation) の禁止の法理

そこでニュー・テクスチュアリズムは立法権委任禁止の法理を再構成し、より高次のレベルから立法資料排除準則の根拠を提示する<sup>(259)</sup>。

Manning によれば、憲法起草者が制定法成立要件として両院主義と大統領送付要件を課したのは、第一に統治権を分散・拮抗させて特定党派 (fiction) による立法権潜脱を防止し、被治者の自由を保障すること、第二に *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983) が「議会が二つの組織に区分されているのは、立法権が別個に十分に研究され議論される機会を経た後のみ行使されるように保障するためである」と述べたように<sup>(260)</sup>、瞬間的な激情に流されない仕組みを用意することで立法過程の熟慮を確保すること、第三に決定権者を複合化することで立法過程の透明性を確保すること、第四に政治的少数派に立法成立の阻止権限を与え、法案への同意を引替えとした政治的取引を保障することにある<sup>(261)</sup>。

この憲法構造から、議会が自ら「法の意味の詳述 (law-elaboration)」作用を行使し得るのは、立法に際して両院主義と大統領送付要件を経ることが唯一の条件となる。しかし、裁判所が制定法の解釈問題を明示する立法資料を権威ある (authoritative) 資料として利用する解釈慣行を採用すると、議会が自身の統制下にある一議員や委員会の活動を通じて「法の意味の詳述作用」

---

(258) Nourse, *supra* note 2, at 342.

(259) Manning, *supra* note 70, at 675, 706; Manning, *supra* note 73, at 1306-07.

(260) *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), at 951.

(261) Manning, *supra* note 32, at 72-73; Manning, *supra* note 70, at 708-709.

を行使することが実質的に許容され、両院主義と大統領送付要件を経ない立法権の行使が可能となる。こうして Manning は、議会統制下にある委員会が作成する資料を裁判所が権威あるものとして利用することを「立法権の自己委任 (legislative self-delegation) の禁止の法理」に反するものとして否定する。

これに対し、議会がその直接的統制を受けない別の統治機関 (裁判所と行政機関) に法の意味の詳述作用を委任することは、権力の分散や立法過程の熟議に資そうとする両院主義と大統領送付要件の趣旨に適合するので、憲法上禁じられない。従って裁判所が立法部の所産にかかるものではない資料 (解釈準則、辞書、行政解釈) に依拠して制定法解釈することは、立法資料の場合と異なり、憲法上問題が無い<sup>(262)</sup>。

このようにしてニュー・テクスチュアリズムは、最終的に立法資料排除準則を立法権の自己委任禁止の法理から基礎付ける。ニュー・テクスチュアリズムによれば、憲法は議会が自らの権力を拡大し裁判所の制定法解釈に影響を及ぼそうとする作用のみを禁じていると理解することになる。

### (3) ニュー・テクスチュアリズムの規範論

ニュー・テクスチュアリズムは制定法解釈における裁判官の役割論について古典的な忠実な代理人モデルを採るので、裁判官は制定法解釈に際して制定法を制定した議会の忠実な代理人に徹しなければならない。

そして Scalia の「寛大なる擬制 (benign fiction)」論が許容するように、制定法を制定した当時の立法者意思が確実に反映されていると言い得るのは法文でしかないこと、あるいはフォーマリズムの視点からは法文のみが憲法要件を通過した唯一の産物であることから、裁判官は法文の意味通りに解釈することこそ忠実な代理人モデルに資する<sup>(263)</sup>。

(262) Manning, *supra* note 70, at 706-707, 725-28.

(263) Manning, *supra* note 157, at 96, 103; Scalia & Manning, *supra* note 243, at 1612. Manning は、テクスチュアリズムが制定法解釈の代理人理論に最も即するものであると述べている。Manning, *supra* note 32, at 18.

ここでニュー・テクスチュアリズムが想定する「忠実な代理人」(つまり制定法解釈を行う裁判所)の役割は、パーボズイビズムと異なり、法文に示された立法過程上の妥結結果を忠実に再現することに限定される<sup>(264)</sup>。Manningによれば、「テクスチュアリストが語義の意味に真剣に取り組んでいるのは、忠実な代理人の義務は立法部を抽象的に尊重することではなく、複雑で厄介な立法過程の障害をクリアすることができた特別な結果を尊重することにあると考えるからである<sup>(265)</sup>。」従って、立法者ではない集団の文書に基づいて制定法解釈を行ったり、妥結結果ではなく立法目的に沿って抽象的に法解釈する事態は、忠実な代理人モデルを突き崩す結果となる。

ニュー・テクスチュアリズムはリーガル・プロセス論と異なり、制定法とは法目的が具体化されたものではなく、条文という形で示された個々の交渉事項の「束」という見方に立っている<sup>(266)</sup>。

#### (4) ニュー・テクスチュアリズムの制度論

(a) これまでの議論から示される通り、ニュー・テクスチュアリズムは、裁判官と立法者とが共通の言語・文化的背景を共有していることを前提に、裁判官は立法者が執筆した法文による指令を容易に解釈する能力を保持するものと措定する<sup>(267)</sup>。

このことは見方を変えれば、立法者がコモン・ローや言語的解釈準則を熟知し、これらに依拠して立法活動を行っている、あるいは少なくとも裁判所が後にそれらに依拠して法解釈を行うことを予想した上で立法活動を行っている、との制度論を暗黙に想定するものである。Scaliaは、議会が法文表現を細部まで詰めて作り込んでいると想定することは、謂わば「民主政の推定

---

(264) Frank H. Easterbrook, *Judges As Honest Agents*, 33 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 915 (2010), at 916; Manning, *supra* note 34, at 1913-1914, 1926.

(265) Manning, *supra* note 32, at 16, 109-110; Manning, *supra* note 157, at 108.

(266) Manning, *supra* note 239, at 457.

(267) Manning, *supra* note 230, at 291.

(assumption of democracy)」であると述べる<sup>(268)</sup>。

(b) 他方でニュー・テクスチュアリズムは、立法者（起草者）は法文と異なり、信用性のある立法資料を作成する能力に乏しく、また裁判所も立法資料を参照して立法過程を理解する能力に乏しいことを指定する<sup>(269)</sup>。

この裁判官の制度論的能力の限界を主軸に据えてニュー・テクスチュアリズムを展開するのが Adrian Vermeule である<sup>(270)</sup>。Vermeule によれば、リーガル・プロセス論をはじめとする従来の伝統的な解釈理論は法形式論や規範論に偏りすぎており、制度論、つまり法解釈者の制度論的能力及び相互作用を分析し、当該解釈方法を採用する場合の社会的費用と効用の差を実証的に考察する費用便益分析論を欠いていた点で、根本的に不完全であった<sup>(271)</sup>。

そこで Vermeule は、意思決定論 (Decision theory) に着想を得つつ、裁判官が取るべき解釈方法論として次のような意思決定論を制度論的転換 (institutional turn) として提案する<sup>(272)</sup>。

要約すれば、第一に裁判官は法文の意味が明確であるならばその意味のみに従って解釈すべきであり、立法資料（更には実体的解釈準則その他一切の解釈上の考慮事項）を考慮すべきではない<sup>(273)</sup>。立法資料が真に立法者意思を反映しているか否かを論争する前に、現代の立法資料は長大かつ専門的であ

(268) Scalia & Manning, *supra* note 243, at 1613.

(269) Manning, *supra* note 230, at 285.

(270) Vermeule の制定法解釈論については、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回一近時のアメリカ憲法解釈方法論の展開を素材として（2・完）」民商法雑誌 140 巻 2 号 210～218 頁（2009 年）、佐藤智晶「学界展望（英米法）」國家學會雑誌 120 巻 1・2 号（2007 年）190～192 頁参照。

(271) Vermeule, *supra* note 7, at 16-17. Vermeule によれば、Manning が依拠する憲法規範は、その抽象性故にいかなる読み方も可能であり、本質的に安定的な解釈理論を導出することができず、議論として非生産的である。Id. at 29-31.

(272) Id. at 4-5.

(273) Id. at 183, 189, 198, 202-03.

り、それら立法資料の全てを正確に精査する時間も能力も無い裁判官が立法者意思を認識できるか否かは實際上検証しようがない。他方でより確かなことは、インテンショナリズムは訴訟経済コストと司法決定コストをもたらすことである<sup>(274)</sup>。このように情報の不確実性下にある意思決定者（裁判所）の制定法解釈は、費用は低額で済む一方で確実に効果が見込める方法、つまり制定法の表面的な字句の意味の理解に特化することが望ましい。

第二に、逆に法文の意味が曖昧であるならば、裁判官は（法分野がなんであれ）行政機関の制定法解釈を、それが法文の明確な意味に反しない限り、尊重すべきである。

但しその際、いわゆる「伝統的な解釈方法」を用いて制定法の意味の曖昧さを解消するべきではない<sup>(275)</sup>。Vermeuleによれば、Chevron法理の正統性は議会から行政機関への黙示的委任論ではなく、行政機関が裁判官と比べて曖昧な制定法（所管行政法）の意味を認識する上で専門的優位性を有するという制度論的考慮に求められる<sup>(276)</sup>。従って裁判所が行政機関以上の正しい解釈に到達する見込み（便益）はないにも関わらず、行政解釈を尊重せずに自ら制定法解釈に乗り出せば、単に解釈コストが倍増するだけである<sup>(277)</sup>。

Vermeuleのニュー・テクスチュアリズムは、立法資料の利用を排除する点ではScaliaやManningらの主張と共通する。しかし、ScaliaやManningらが言語的解釈準則といったコンテクスチュアルな要素を重視するのは異なり、Vermeuleは費用便益計算からそれらの利用さえ排除し、より直裁に法文のみを重視する<sup>(278)</sup>。EsckridgeはVermeuleの立場を「飾り気のないテクスチュアリズム（no frills textualism）」と呼んでいる。

---

(274) *Id.* at 15-39, 90-117, 192-97.

(275) *Id.* at 206.

(276) *Id.* at 207-08.

(277) *Id.* at 210-11.

(278) *Id.* at 198-204.

更に Vermeule は、裁判所が行政解釈を尊重すべきでない場面を、立法資料のみならず他の類似規定の参照までも排除して明白な意味の準則に反する場合に限定するので、行政解釈の専門性を徹底的に尊重する立場である。

### 3 ニュー・テクスチュアリズムの解釈価値

#### (1) 法の支配

中立性については、解釈の素材が法文とその周辺に限定されるので、その他の解釈理論と比べてルール志向が強まり、裁判官の恣意的な解釈の選択可能性を最小化することができる<sup>(279)</sup>。また言語的準則及び辞書を利用することにより、異なる法分野を通じた法解釈の一貫性・継続性も確保される。

利用容易性 (accessibility) については、裁判官にとって法解釈をする際に言語的準則及び辞書を利用することは容易かつ簡便である (これに対し、立法資料についてはそうではない)。

法の意味に関する私人の予測可能性についても、ニュー・テクスチュアリズムは法文の意味について通常の間人が合理的に解釈できるもので足りるので、確保できる<sup>(280)</sup>。

但し、ニュー・テクスチュアリズムは法の支配の価値を論拠の中心に据えることはあまりない<sup>(281)</sup>。

#### (2) 民主政

Scalia の寛大な擬制論によれば、制定法がその文言の通常の用法にそって理解されるべきなのは、それこそが制定法を可決する際に全議員が認識し得た意味だからである。従って、制定法の文言に従うことは民主的正統性を備える。インテンションアリズムやパーポズイビズムでは立法者意思や立法目的

(279) Scalia & Garner, *supra* note 213, at xxix; Manning, *supra* note 230, at 284.

(280) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 231; Eskridge, *supra* note 11, at 34; Pierce, *supra* note 220, at 750-51.

(281) Note, *Textualism as Fair Notice*, 123 Harv. L. Rev. 542 (2009), at 551.

の措定可能性にまつわるリアリズム批判があったが、ニュー・テクスチュアリズムの場合、この種の批判は該当しない<sup>(282)</sup>。また解釈準則と辞書を通じた文理解釈であれば、立法資料や立法目的についてみられたような裁判官による恣意的利用といった問題は起きない<sup>(283)</sup>。

### (3) プラグマティズム

制定法解釈は、制定法が制定された当時の状況よりもその後の社会状況の変化や行政決定、司法判決への適合を迫られる。立法資料は立法者の見解が具体的過ぎて法適用の硬直化を招きやすいから、法文や法目的をベースとした解釈のほうが制定法の柔軟性を保持する上で望ましい<sup>(284)</sup>。しかしニュー・テクスチュアリズムがパーポズィビズムに向けた批判からすれば、ニュー・テクスチュアリズムは時代の変化に即したプラグマティズムな解釈を許容しないように思える。

しかし、ニュー・テクスチュアリズムも法文が曖昧である場合に裁判官が様々なコンテキストを解釈の考慮に入れて制定法の体系解釈 (holistic approach) を施し、結果それぞれがある種の法形成作用を帯びることは、それが法文の意味の範囲内に収まる限りでは是認する<sup>(285)</sup>。議会自身が裁判所又は行政機関に解釈裁量を委ねるのが妥当と考えるならば、制定法の文言表現を曖昧なものとするにより法の意味の詳述 (law-elaboration) 権限を授権することも、テクスチュアリズムが重視する立法権の優越観念からは可能である。従って裁判所の解釈裁量は議会の決定の結果であり、司法部による立法権の篡奪とは言えない<sup>(286)</sup>。

この点でニュー・テクスチュアリズムは、リーガリ・ルリアリズムの系譜

---

(282) Manning, *supra* note 248, at 424.

(283) Brudney, *supra* note 35, at 987-88; Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 1018.

(284) Mashaw, *supra* note 85, at 836-37.

(285) Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 Duke L.J. 511, at 515; Manning, *supra* note 239, at 458.

(286) Manning, *supra* note 32, at 107-108.

を継承しているのである。Jonathan T. Molot は、ニュー・テクスチュアリズムが 1990 年代以降の制定法解釈論に強い影響を与えたのは、その背景にあるミニマムな司法観に対する共感というよりは、制定法解釈の実質に裁量性があることを是認する点で、ポスト・リーガル・リアリズムの時代に広く受容可能な素地が存在したことが大きいと評価する<sup>(287)</sup>。

#### (4) ニュー・テクスチュアリズムと立法過程

立法部は裁判所が言語的解釈準則に依拠して解釈してくれるものと期待できるので、あらゆる法的問題を法文上確定させる作業から開放される<sup>(288)</sup>。

またニュー・テクスチュアリズムが司法部で貫徹されるならば、立法資料に立法者意思を偽装しようと暗躍する利益集団の活動が減少し、むしろ利益集団の意識は法文表現に向けられるようになるので、熟議の政治過程が回復する<sup>(289)</sup>。

更に裁判所や行政機関がニュー・テクスチュアリズムに基く法解釈をするようになれば、必然的に立法府は法文の意味を正確に記述するように意を尽くし出すだろうという教育効果が期待できる<sup>(290)</sup>。

仮にニュー・テクスチュアリズムに基く裁判所の解釈が議会の意向に反するものであれば、議会は意図をより明確にする法改正をするだけのことである。法改正に伴う立法コストがかかるのであれば、立法資料を作成しなければ、その分だけコストが減る<sup>(291)</sup>。

#### (5) ニュー・テクスチュアリズムと司法過程

ニュー・テクスチュアリズムが徹底されるならば、当然に、裁判官や訴訟

(287) Molot, *supra* note 152, at 34-35. See also Mashaw, *supra* note 85, at 835-36.

(288) Frank H. Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. Chi. L. Rev. 533(1983), at 540.

(289) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 237-38; Eskridge, *supra* note 66, at 669, 684-85; Pierce, *supra* note 248, at 1258.

(290) Manning, *supra* note 67, at 68; Scalia & Garner, *supra* note 213, at 61; Pierce, *supra* note 248, at 1258. 藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説」前掲註(7) 184頁。

(291) Manning, *supra* note 70, at 730.

当事者が立法資料の探索に無駄に従事することがなくなる<sup>(292)</sup>。

#### (6) ニュー・テクスチュアリズムと行政過程

ニュー・テクスチュアリズムによれば、議会は法文以外の統制手法（とりわけ立法資料）を用いて行政解釈に影響を及ぼすことは禁じられる。更に立法権自己委任禁止論からは、立法調査（investigation）や報告書の要請、公聴会、会計検査、予算案の編成といった手法を用いて立法部自らがインフォーマルに行政機関の法解釈に影響を与えるような議会統制の手法も抑制されるべきことになるだろう<sup>(293)</sup>。

従って Chevron 法理を前提にすると、議会が制定法の文言表現を曖昧なものにとどめれば裁判所は行政機関の行政解釈を尊重すべきこととなり、このことは行政国家化を促進する意義を有する。

#### 4 ニュー・テクスチュアリズムへの批判

ニュー・テクスチュアリズムは法の支配、民主的正統性、プラグマティズムといった制定法解釈の三理念の実現に最も適合的であるように思える。

しかしニュー・テクスチュアリズムにも様々な批判が寄せられている。以下ではニュー・テクスチュアリズムへの批判の文脈を整理する。

##### (1) リアリズム批判① - 立法者意思の操作可能性（司法過程）

ニュー・テクスチュアリズムは、たとえ困難であっても裁判官は解釈準則や辞書を利用すれば法文の明白な意味 = 正しい答えに到達することは可能であることを措定する。

##### (a) 日常の意味と法理学的意味

しかし第一に、司法内部において解釈準則の方法論が確立されていないか

---

(292) Eskridge, Frickey & Garrett, *supra* note 8, at 237-38; Eskridge, *supra* note 66, at 669, 684-85; Pierce, *supra* note 248, at 1258.

(293) Glen Staszewski, *Textualism and the Executive Branch*, 2009 Mich. St. L. Rev. 143, at 164-165.

ら、これらの利用に伴う帰結は裁判官の感性に委ねられており、裁判官全員が同一の結論に到達するとは限らない。従ってニュー・テクスチュアリズムが考慮事項として是認する「コンテキスト」を参考にしても、法の支配の求める客観的で中立的な解釈が帰結されるとは限らない<sup>(294)</sup>。

ニュー・テクスチュアリズム内部においても、制定法の「明白な意味」の意味について理解が分かれている。一つには、議員が有権者の投票行動を意識して行動するという制度論的特徴に照らして、議員が法案可決時に認識した法文の意味は市民（制定法の被規制者）が認識し得るものと同じもの、即ち「日常の意味（ordinary / popular meaning）」になるはずであるとの理解があり得る<sup>(295)</sup>。

しかし Vermeule や Manning は、コモン・ローや解釈準則を重視する結果、法文の意味について時に「法理学的意味（legalist meaning）」として捉える傾向があり<sup>(296)</sup>、結果としてその「明白な意味」の準則は、概念が論理的に含み得る最大限まで含むことを許容するため、パーポズィビズムやインテンションリズムと同じように、制定法の客観的範囲を拡大する司法積極主義に陥りがちとなる<sup>(297)</sup>。

#### (b) 解釈準則・辞書の恣意的選択

第二に、仮に解釈準則自体が価値中立であるとしても、裁判官が自己の政治的選好に適う解釈となるよう解釈準則を都合よく選択する危険性がある<sup>(298)</sup>。かつて Karl N. Llewellyn が、裁判所が古典的に用いてきた解釈準則は相互に矛盾しており<sup>(299)</sup>、裁判官は自己の推論の正当性を補強するために諸準則を用

(294) Brudney, *supra* note 35, at 988-89.

(295) 概念としては典型例に限定される。Nourse, *supra* note 36, at 1128, 1132-33.

(296) Nourse, *supra* note 36, at 1142-47; Molot, *supra* note 152, at 48.

(297) Nourse, *supra* note 36, at 1145-47, 1152.

(298) William N. Eskridge, Jr., *The New Textualism and Normative Canons*, 113 Colum. L. Rev. 531 (2013), at 552-60; Eskridge, *supra* note 11, at 42-44; Cross, *supra* note 29, at 91.

いているに過ぎないことをリーガル・リアリズムの立場から喝破したように、言語的準則であれ実体的準則であれ、その選択は価値判断を伴う<sup>(300)</sup>。

実際に Brudney と Ditslear による労働法分野における最高裁の解釈準則の利用態様に関する実証研究に寄れば、多数意見による言語的準則の利用は、保守派とリベラル派を問わず、しばしばそれによって法文の明白な意味が明らかになったとして立法資料の利用を否定する結論に誘導するために用いられる傾向があるという<sup>(301)</sup>。

同様に辞書利用についても、裁判官が自己の選好に資する語義の記載された辞書を意図的に利用することを排除できない (dictionary shopping)<sup>(302)</sup>。Brudney と Lawrence Baum の実証研究によれば、制定法解釈に際して最高裁判事は、保守派・リベラル派と問わず、しばしば、異なる複数の辞書を異なる意味を示すために (またなぜそのブランドや年度版を選択するのか理由を示さないまま)、客観性の外観を装いながらかなり主観的に取捨選択して用いているとされる<sup>(303)</sup>。

結局、テクスチュアリズムにおいても、裁判官が意味が明白ではないものを明白と述べ、自己の政治的選好に依拠した司法積極主義的な法解釈をする可能性は残る<sup>(304)</sup>。しかもニュー・テクスチュアリズムでは、裁判官が仮に立

(299) 例えば whole act rule (個々の条文は法全体から解釈されなければならない) と inclusio unius est exclusion alterius (条文にある事実が入っていることは他の事実は排除されることを示す) のいずれの解釈原理を適用すべきか、など。Babbitt v. Sweet Home Chapter of Cmty. for a Great Or., 515 U.S. 687 (1995) を例にこの問題を説明するものとして、Eskridge, *supra* note 298, at 545-48.

(300) Llewellyn, *supra* note 132, at 399, 401. See also Eskridge, *supra* note 66, at 675-76.

(301) James J. Brudney & Corey Ditslear, *Canons of Construction and the Elusive Quest for Neutral Reasoning*, 58 Vand. L. Rev. 1 (2005), at 6-7.

(302) Cross, *supra* note 29, at 27-28; Ellen P. Aprill, *The Law of the Word: Dictionary Shopping in the Supreme Court*, 30 Ariz. St. L.J. 275 (1998). 鳥飼慎一郎「論文紹介：21世紀において合衆国最高裁判所が辞書からの定義を引用する基準」アメリカ法 [2012 - 1]。

(303) Brudney & Baum, *supra* note 232, at 489-94. See also Cross, *supra* note 29, at 28.

法資料を参照したとしても、その思考過程が判決文上に現出されないから、公的批判に晒されることがない<sup>(36)</sup>。

従ってニュー・テクスチュアリズムもやはりリーガル・リアリズムからの批判から免れることはできない<sup>(36)</sup>。ニュー・テクスチュアリズムはインテシヨナリズムやパーポズィビズムと異なり立法過程でのリアリズム問題は起きないものの、司法過程でのリアリズム問題については楽観的に捉え過ぎているといえる。

## (2) リアリズム批判②－立法者像

ニュー・テクスチュアリズムは暗黙の内に相反する二つの立法者像を想定しており、この点で理論的矛盾がある。

(a) ニュー・テクスチュアリズムが抱く第一の立法者像は、立法者は司法部が伝統的に用いるコモン・ローや言語的解釈準則を熟知し、制定法の起草に際してこれらコンテキストや辞書に留意しながら法文表現を厳密に選択していると想定するものである。ニュー・テクスチュアリズムにとって立法者は裁判所や行政機関と同じく法の専門家集団なのであり、Vermeule や Manning らが法の明白な意味について法理の意味を措定するのも、このためである。

しかし現実には立法部は法の専門家集団ではなく、完全な立法技術の下で法形成活動に従事している訳ではない<sup>(37)</sup>。ニュー・テクスチュアリズムは、パーポズィビズムが立法過程を楽観主義的に捉えるものと批判するが、ニュー・

(304) Victoria F. Nourse, *Two Kinds of Plain Meaning*, 76 Brook. L. Rev. 997 (2011), at 1004; Sunstein, *supra* note 4, at 424.

(305) Eskridge, *supra* note 8, at 2072-73.

(306) Merrill, *supra* note 12, at 372-73; Brudney, *supra* note 20, at 910; Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 909; Molot, *supra* note 152, at 49-53; Pierce, *supra* note 220, at 778-79.

これに対し Scalia は、実体的準則についてはこの批判を認める。しかし言語的準則については、相互に矛盾する解釈が導かれることがあるとしても、裁判官が言語的準則を明確に恣意的に利用しているとの証拠がないと反論する。Scalia, *supra* note 70, at 27-29, 36.

テクスチュアリズムも合理的立法者を指定する点は、パーポズィビズムと同種の思考を採っていると言える<sup>(307)</sup>。

また立法者が法の専門家であるとの思考は、ニュー・テクスチュアリズムが暗黙のうちに立法者が集団ではなく個人であることを想定していることを示す。この点ではインテンショナリズムと同じリアリズム問題が生じる<sup>(308)</sup>。

(b) ニュー・テクスチュアリズムが抱く第二の立法者像は、第一の立法者像とは対照的に、短期的な私的利害を追求する利益集団群である。彼らの立法過程の行動は恣意的で思慮に欠け、尊重に値しない。それ故にニュー・テクスチュアリズムはそのような立法過程の所産 = 立法資料の民主的価値につき懐疑的である。

しかし、そのような利益集団が、なぜ法文については明白な意味を作り出せるのかニュー・テクスチュアリズムの説明からは判然としない。結局、議会の活動の是非とは関係なく、法文の意味が明白か否かを決めるのは裁判官がそのように *construct* しているからに過ぎないのではないか<sup>(310)</sup>。

### (3) 規範論批判 (民主的正統性批判)

ニュー・テクスチュアリズムは、立法過程が利益集団的であるとして立法

---

(307) この点の対比で興味深いのは日本の立法実務のあり方である。内閣法制局の審査部での「実際の運用において問題を生ずる虞がないよう磨き抜く」立法審査実務について、仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集 61 巻 6 号 (2011 年) 190 ~ 192 頁。

(308) Nicholas S. Zeppos, *Justice Scalia's Textualism: The "New" New Legal Process*, 12. Cardozo L. Rev. 1597 (1991), at 1621-23; Seidenfeld, *supra* note 19, at 490, 496-98, 502.

なお反論として、実証研究に依れば、制定年次が古い制定法ではなく、議員法律顧問局 (Offices of the Legislative Counsel) がスタッフを拡充させ議会の専門性が反映していた 1990 年代後半以降の最近の制定法であれば、立法者は類似の制定法の表現を意識して立法しているので、Whole Act Rule などの解釈準則が利用されて良いとの見解がある。Shobe, *supra* note 28, at 814, 849-51, 853-59.

(309) Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 915.

(310) Nourse, *supra* note 36, at 1122. 1139-40, 1147.

資料に懐疑的であるが、多くの公法学者は、ニュー・テクスチュアリズムが立法資料の民主政的価値を軽視する点に関心を寄せている。

第一に、立法部が長年にわたって採用してきた立法慣行に基く所産（立法資料）を無視する一方で、立法過程の所産ではない辞書や解釈準則に依拠して裁判所が法文の意味を探るのは、忠実な代理人モデルの形式的理解からすればより詳細な理由が求められる。

Thomas W. Merrill によれば、ニュー・テクスチュアリズムとは解釈準則や辞書を利用して解釈者が自ら法の明確な意味を決定する、積極的かつ創造的な解釈方法である。これは立法者とは別に自らを自律的な解釈主体と措定する解釈モデル（autonomous interpreter model）であり、法目的や立法資料から推測される立法者意思を一顧だにせず制定法解釈に際して自ら政策決定を判断する点では、ロックナー期と同じく反・多数決主義の問題を生じさせている<sup>(311)</sup>。

第二に、協調的パートナー・モデルもニュー・テクスチュアリズムを批判する。Strauss によれば、議会の意向は何であれ、裁判所が自己の認識で法を解釈しようとする態度は、過去のリーガル・フォーマリズムの歴史が例証するように、中立性の名目のもとに司法部自らが政治的アジェンダを追求するおそれを孕む<sup>(312)</sup>。社会の弊害を認識するのは裁判所ではなく議会の役割であり、裁判所が政治資料を利用しないのは協働統治機関としての責任を放棄するものである<sup>(313)</sup>。

第三に、ニュー・テクスチュアリズムが立法部に対して教育効果を及ぼそうというのは、制定法の改変を目論みるものであるばかりか、憲法に要求された以上の制定手続と負担を立法部に課すものであり、司法積極主義的な側

---

(311) Merrill, *supra* note 12, at 372-73. See also Barrett, *supra* note 168, at 124; Brudney & Baum, *supra* note 232, at 494; Eskridge, *supra* note 298, at 538, 567-568.

(312) Strauss, *supra* note 17, at 258-59.

(313) *Id.* at 262-65.

面を内包する<sup>(314)</sup>。仮に制定法解釈に立法資料を用いることを禁じて、制定法の法文が曖昧である要因がなくなるわけではない<sup>(315)</sup>。

第四は、実証研究からの批判がある。Gluck と Bressman による立法スタッフの意識調査に寄れば、テクスチュアリズムが解釈の基礎に置く① unnecessary 意味の排除則、②制定法全体解釈準則、③法典全体解釈準則、④立法資料排除準則については、最高裁がこれらの準則を利用した制定法解釈を行っていることを熟知してはいるものの、立法スタッフは起草に際して一般的に使用することはない<sup>(316)</sup>。またスタッフは、そもそも辞書を携帯することがないか、辞書よりも自身が定義規定を置くことを好むのが実態である<sup>(317)</sup>。

Gluck と Bressman の実証研究を前提とすれば、少なくとも立法者が依拠しているか疑問のある言語的準則や辞書については、これに傾注して制定法解釈を行なうのは忠実な代理人モデルに反する（また議会に対する教育効果も期待できない）。むしろ言語的準則と異なる結論を示唆する立法資料があるならば、それも踏まえて解釈準則の適用を決定すべきとするのが、忠実な代理人モデルに適う<sup>(318)</sup>。

#### (4) 制度論に対する批判

---

(314) Michael Herz, *Textualism and Taboo: Interpretation and Deference for Justice Scalia*, 12 *Cardozo L. Rev.* 1663 (1991), at 679; Seidenfeld, *supra* note 19, at 503-504.

(315) Bernard W. Bell, *Using Statutory Interpretation to Improve the Legislative Process: Can It Be Done in the Post-Chevron Era?*, 13 *J.L. & POL.* 105 (1997), at 111, n29.

(316) 立法者は、①については、立法ミスに対処するため、また政治リーダーやロビイスト、選挙民の政治的意向を反映させるために、利用することが難しい。②については、委員会メンバーが同一の制定法でも異なるパートの起草を担当するため、また一括法案 (omnibus statutes) の場合は複数の委員会の所管となるため、ほとんど意識されない。③についても、立法の実際は個々の条文毎に担当起草者が異っており、関連法にまで視野を広げての法案の起草を行う制度論的資源に乏しい。④については、むしろ立法スタッフは制定法解釈に際して立法資料が法文に次ぐ重要な情報であると圧倒的に認識しているという。Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 930-31, 933-37, 965, 975.

(317) *Id.* at 938-939.

(a) 全般的に、テクスチュアリズムは議員の党派的行動動態や委員会制度の制度史を踏まえておらず、また議会の統制体制、議会における立法資料の現実の作成過程を適確に認識した上でなされておらず、制度論的視点に欠けている<sup>(319)</sup>。

(b) Vermeule 批判

Eskridge は、Vermeule の制度論について次のように批判する。まず Vermeule の費用便益計算には正しい解答に到達し得ないリスク、制定法解釈の民主的正統性の欠如のコスト、立法資料に代わる辞書や言語的準則の調査コスト、解釈に不安を覚える裁判官が表面上は明白な意味の準則を取りながら隠れて立法資料を利用することを防止できないことに伴う予測不可能性のコスト、司法解釈を覆すための立法コストの増加が考慮されておらず、コストの考慮の仕方が恣意的である<sup>(320)</sup>。

他方で立法資料の検索自体は容易であり、またそれが裁判官の解釈に教育的効果を有すること、訴訟当事者（とりわけ立法過程に深く関与した行政機関）が立法資料に依拠した制定法解釈を裁判過程で示す場合であれば立法資料の利用はコスト高いものではなくすることは考慮されていない<sup>(321)</sup>。

そもそも Vermeule のニュー・テクスチュアリズムは民主政論や権力分立論

(318) Brudney, *supra* note 35, at 982, 986, 980-81; Brudney, *supra* note 35, at 993, 995; Eskridge, *supra* note 298, at 543, 569-575.

これに対し John F. Manning は、Gluck と Bressman の実証研究が立法スタッフを立法者と同視している点、及び規範論や制度論的考察を抜きに制定法解釈論を論じることはできないことなどを挙げて、実証論の有用性に反論している。Mannin, *supra* note 34, at 1916, 1947.

(319) Brudney, *supra* note 16, at 32-34, 49-50, 54; Wald, *supra* note 20, at 306-30; Breyer, *supra* note 21, at 858-59, 67; Brudney & Ditslear, *supra* note 105, at 123-1257. この点は既に 1930 年代に指摘されている。James M. Landis, *A Note on "Statutory Interpretation"*, 43 Harv. L. Rev. 886 (1930), at 888-90.

(320) Eskridge, *supra* note 8, at 2055-56, 2070.

(321) *Id.* at 2067-69. なお前田達明「法解釈方法論序説」前掲註 (50) 298 頁参照。

に関心が無く、統治ガバナンスの効率性あるいは財の最適配分の観点からのみ構築されているに過ぎず、費用便益分析に立脚した「規範論なき道具主義」に墮するものである<sup>(322)</sup>。またその議論は行政機関に対する過剰な楽観主義に依拠するものである。

#### (5) 法形式論 (フォーマリズム) 批判

制定法成立要件論及び立法権委任禁止の法理の問題点については先に触れたので、以下では Manning の「立法権の自己委任禁止論」に対する批判を検討する。

第一に、第二節で検討したように、インテンショナリズムによれば、立法部が下部組織へ自己委任する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) に見出される<sup>(323)</sup>。またそもそも立法資料の作成が憲法上禁じられた立法権の委任に該当するなら、委員会が法案を作成すること自体同じく禁止されるはずである<sup>(324)</sup>。

第二に、制定法の可決時に既に存在する規範 (別の連邦法や州法) を参照して立法部が制定法の内部に組込むこと (statutory incorporation by reference) はそもそも委任ではなく、この「参照による組込み (incorporation by reference)」の対象には立法資料も含まれるとの議論がある。この議論によれば、Manning の言う立法権自己委任の禁止の法理が妥当するのは「将来の権力の委任的行使 (意味の充填)」、つまり「制定法可決後の立法資料 (post-enactment history)」の利用についてであり<sup>(325)</sup>、制定法可決前の立法資料の利用は自己委任の禁止の法理の射程外である<sup>(326)</sup>。

---

(322) Eskridge, *supra* note 8, at 2051-54.

(323) Nourse, *supra* note 2, at 343.

(324) Cross, *supra* note 29, at 36; Gluck & Bressman, *supra* note 37, at 969, 988.

(325) Siegel, *supra* note 254, at 1520-1524.

(326) *Id.* at 1489-1516; Nourse, *supra* note 2, at 343; Katzmann, *supra* note 20, at 681; Roberts, *supra* note 25, at 542-66; Eskridge, *supra* note 33, at 1528.

第三に、司法部を立法部と並ぶ協働統治者と捉える立場からは、裁判所はパートナーである立法部が関心を寄せた政策課題の形成過程を適確に認識する義務がある。また裁判所が制定法解釈に際して政治資料 (political history) を参照するのは、あくまで法解釈の法源性を主体的に決定しているだけであるから、そもそも立法権の委任禁止論と直接的な関係はない<sup>(327)</sup>。

#### (6) 立法過程の効率性

ニュー・テクスチュアリズムに従えば、立法者は、裁判官の解釈裁量を防止するためには限りなく詳細な法文を規定することが要求され、立法過程が非効率になる。また立法者の意図に反する判決が下された場合、修正立法の採択に時間を取られることになるから、ますます非効率である<sup>(328)</sup>。

#### (7) 行政解釈の柔軟性の阻害

Chevron 判決によれば、議会は行政機関に対し明示的又は黙示的に解釈作用を委ねることができるが、ニュー・テクスチュアリズムは議会に対し制定法の詳細化を要請するので、行政機関への解釈権の委任も明示的なものを求めることとなり、結果的に議会が行政機関に委任する機会を阻害することになる<sup>(329)</sup>。

この批判の背景とニュー・テクスチュアリズムの応答を含め、Chevron 判決とニュー・テクスチュアリズムの関係については、第五節で改めて検討することとする。

## 5 小括

### (1) ニュー・テクスチュアリズムの学説史的意義

---

(327) Strauss, *supra* note 17, at 250, 258, 262-63.

(328) 林田清明『《法と経済学》の法理論』前掲註 (178) 255 頁。

(329) Eskridge, *supra* note 11, at 233-34; Katzmman, *supra* note 20, at 680-81; Cross, *supra* note 29, at 43-44; Farber & Frickey, *supra* note 36, at 458-60; Eskridge, *supra* note 66, at 677-79; Molot, *supra* note 152, at 53-56; Pierce, *supra* note 220, at 777; Herz, *supra* note 314, at 1674-75.

これまで見てきた通り、ニュー・テクスチュアリズムにおいても裁判官による解釈操作の可能性が皆無ではなく、「群衆の中から友人を探し出す」ことを防止するという古典的問題を解決できていない。結局、ニュー・テクスチュアリズムは、その他の解釈理論と比較して、憲法的正統性を保持する法文のみに依拠したほうが裁判所の中立的解釈を相対的に帰結しやすいとの姿勢を示し得るに過ぎない<sup>(330)</sup>。

しかし、法文解釈よりも立法資料の探索が制定法解釈の中心的作業であった1980年代までの裁判実務を背景として、ニュー・テクスチュアリズムがリール・リアリズムの観点から従来のインテンションナリズムやパーポズィムに潜む問題を広く解釈者に喝破して見せ、改めて裁判所や学説に対し法文に目を向けさせた点は、ニュー・テクスチュアリズムの功績として高く評価されている<sup>(331)</sup>。

## (2) ニュー・テクスチュアリズムの第二世代化

前述の通り、近年のニュー・テクスチュアリズムは次第にその理由付けとして公共選択論から離れ、より原理的立場を強調する傾向にある。即ち、立法者は有限の立法資源の環境下で、他者と立法過程において交渉と妥協を繰り返しながらあえて特定の法文表現の採択で妥結したのであるから、裁判官は、法文をその明白な意味のまま解釈すべきである。仮に法文の意味が制定法の目的と適合しないと認識して、制定目的に適合させて解釈すれば、裁判官が勝手に交渉結果を変更することとなり、それは立法者、特に少数派の権利を侵害するものであるから許されない<sup>(332)</sup>。

第二世代は前世代と異なり、利益集団が立法資料を利用して立法過程を専

(330) Cross, *supra* note 29, at 52-53. 浅香吉幹「著書紹介」前掲註(213)74頁参照。

(331) Jonathan Siegel, *Textualism and Contextualism in Administrative Law*, 78 B.U.L. Rev. 1023 (1998), at 1057; Sunstein, *supra* note 4, at 424; Eskridge, *supra* note 66, at 625, 670-71, 690; Molot, *supra* note 152, at 29-32; Manning, *supra* note 222, at 18-19.

(332) Manning, *supra* note 73, at 1309-17.

横するという懐疑主義的立法過程観に立たず、立法者が法文表現の曖昧さを残したのは立法過程の妥協の産物であるとして意図的に捉える、穏健な実証論を採っている。

ニュー・テクスチュアリズムが公共選択論から原理論へと議論の焦点を移すメリットとしては、とりわけ立法過程に懐疑主義的立場に立っていたことから反多数派支配主義的であるとの批判を免れる狙いがあるものと思われる<sup>(333)</sup>。

ところで Molot は、ニュー・テクスチュアリズムは様々なコンテキスト（法文、辞書、解釈準則、立法資料）の中のどれを、いつ（何らかのコンテキストの考慮は明白な意味の準則で解釈を得る前に限定されるか、それ以後も解釈の妥当性を確認すべく続けるか）、どのように考慮するかの点においてインテンショナリズムあるいはパーポズィビズムと差異があるに過ぎない（立法資料というコンテキストにしてもニュー・テクスチュアリズムも利用する場合があることを認めている）のであるから、実質的にはこれら対抗理論と収斂していく余地があると予想している<sup>(334)</sup>。

今後は第二世代のニュー・テクスチュアリズムが他の解釈理論とどのような対話を深めるかが一つの論争テーマとなるだろう<sup>(335)</sup>。

（続く）

---

(333) *Id.* at 1317.

(334) Molot, *supra* note 152, at 34-43. *See also* Eskridge, *supra* note 66, at 625.

(335) Scalia は Manning との対談の中で、「立法起草者が A と言っているから法文の意味は A である」という形態で立法資料を権威的に利用する方法は不可であるが、「立法過程での議論からも、人々が通常理解する法の意味は A かもしれない」という情報的用法であれば、立法資料を許容することがあると述べている。Scalia & Manning, *supra* note 243, at 1616. *See also* Scalia & Garner, *supra* note 213, at 388. これは穏健なインテンショナリズムやパーポズィビズムにも受け入れられる主張であるように思われる。