

# 立法者意思の再検討

宇  
佐  
美  
誠

- 一 問題提起
- 二 予備的考察
- 三 批判的検討
- 四 結論

## 一 問題提起

学問の伝統は批判的思考に立脚する。いかに広範に共有され、どれほど長期に維持されてきた観念も、批判的吟味の可能性から原理的に逃れることはできない。その吟味のすえに、例えばエーテルのように生命を絶たれて棄てられた観念もある。厳格な反省的吟味の伝統こそが、究極的には個人の帰依に基礎をおく宗教や、自明視された教義を中核とする理論的構築物としてのイデオロギーから、学問をわかたつ徴憑だと言える。そして、批判的吟味の論議の弛まぬ歩みを通じてのみ、学問分野はそれぞれ活性化し発展してゆくことができるであろう。法学もその例外ではない。

わが国の法解釈方法論において長らく命脈を保ってきた観念の一つに、立法者意思がある。この指摘は、立法者意思の発見こそが法解釈の課題をなすと多くの論者によって考えられてきた、あるいは複数の可能的解釈から一つを選ぶ際に立法者意思が唯一または優先的な規準となると一般に論じられてきたと主張するものではない。むしろ少なからぬ論者は、草案・理由書・議事録等を用いて立法者意思を探究する作業が必要だと論じつつ、法律制定後に社会状況や一般的価値観が大きく変化した場合には立法者意思と異なる結論を推奨してきた。かかる日本の学説状況は、かつては立法者意思説と法律意思説が、その後は歴史的解釈といわば現在の解釈が対峙してきたドイツの状況<sup>①</sup>とは大きく異なる<sup>②</sup>。わが国の学説状況はまた、制定法について立法者意思を法解釈の基盤とする見解が有力でありつづけ、憲法について法文と立法史に解釈対象を限定する原意主義とこれらに限定しない非原意主義が激しく対立するアメリカの状況と対照的である。ドイツやアメリカでは、立法者意思の観念は、その尊重を唱える陣営とこれに反対する陣営との論争の焦点をなし、それゆえ厳密な多角的吟味に間断なくさらされてきた。それに対して、日本では、この観念は、あらかじめ画された場合に限定して尊重される考慮事由という位置を与えられたために、批判的検討が必ずしも

十分に行われることなく命脈をつないできたのである。そして、最近では、立法者意思を従来よりも重視する見解が有力に唱えられている。

立法者意思を考慮事由の一つに数える伝統は少なくとも、民法典の起草者だった富井政章まで遡る。富井は、立法時の用例や外国法の淵源に基づく文理解釈と、当該法律の体系、関係のある他の法律、立法理由や立法当時の状況などを考慮する論理解釈とを区別した上で、両解釈が補完しあって初めて解釈の目的が達せられるとした<sup>3)</sup>。もっとも、戦前には、法解釈の実作で立法資料はあまり参照されなかったようであり、戦後になって、この種の資料を精力的に調査する傾向が強まった。かかる傾向に大きく貢献しつつ、法解釈方法論のなかに立法者意思の考慮を明確に位置づけたのは、星野英一である。彼は、かの利益考量論の説明のなかで、つぎのような手順で法解釈を行うことを提案した<sup>4)</sup>。まず一方で文理解釈と(当該法律の体系の考慮という意味での)論理解釈を行うとともに、他方で立法者ないし起草者の意思を調べ、その後利益考量の段階に進み、最終的に価値判断を行う。星野はまた、立法者・起草者の意思からの結論と文理解釈・論理解釈に基づく結論との間に齟齬がある場合には、後者の結論が優先すると述べている<sup>5)</sup>。これらを総合すると、立法者・起草者の意思は検討に付されるものの、文理解釈・論理解釈の結論よりも劣後し、また社会状況や一般的価値観が大きく変化した場合には現時点での価値判断によって覆されることになる。星野が認めるよりも広い範囲で立法者意思の尊重を主張していると解されるのが、広中俊雄である。広中は、立法資料によって確定される法規の歴史的意思にしたがった適用の結果が現在の紛争解決として妥当でないと判断されないかぎり、この適用を行うべきだと述べる<sup>6)</sup>。星野や広中に見られるような妥当範囲を限定された考慮事由という立法者意思の位置づけは、かなり広範に行われてきたように思われる。そして、近年の法解釈の実作には、立法者意思との関係づけを明示することなく起草者意思を探究し、それを法文解釈の決め手または有力な手がかりとする論考が散見される。

法解釈の唯一の規準として立法者意思を捉える見解は、ごく少数にとどまる。石田穰は、法律が裁判官を直接に拘束する範囲を確定するための唯一の規準を立法者意思・起草者意思に求め、立法者意思が合憲性や論理的整合性などの若干の条件を満たすかぎり、その内容が不合理であっても規準としての地位を認められるべきだとする<sup>7)</sup>。そして、立法者の範囲、立法者意思と起草者意思の関係、これらの意思の探索方法などを具体的に論じている。

立法者意思を限定的に尊重される考慮事由としつつ、従来よりも強い規範的な力をそれに認めようとする立場が、最近有力に打ち出されている。田中成明は、文理解釈・論理解釈から複数の解釈が可能であるときには、立法者が意図した歴史的意味内容を規準として法律の意味内容をより具体的に確定するべきだと論ずる<sup>8)</sup>。田中によれば、立法後の社会経済的条件や社会の価値観が大きく変化した場合には、立法者意思をある程度無視することが例外的に認められる。しかし、法解釈の結論が立法者意思から乖離するにつれて権威的説得力が失われるから、これを上回る説得力を備えた強力な論拠が求められるという。その他、立法者が複数の原理を衡量した結果として制定法を捉えた上で、制定法の意味が不明確であるときには、立法者が行った衡量つまり立法者意思に従って意味を確定するべきだという見解も見られる<sup>9)</sup>。

重点の差はあれかなり広範な合意が見られる限定的考慮事由という立法者意思の位置づけは、適切であるように見える。まず直感的には、発話の意味とは発話者が伝達しようと思図した何かに等しいように思われることと類比的に眺めるならば、法文の解釈は立法者意思の確定を不可欠の要素とするという見解は尤もらしい。また理論的にも、ドイツ・アメリカ等では、立法者意思の考慮の正当化根拠として民主制・権力分立などのそれ自体は否定しがたい統治原理が掲げられてきた。他方、社会状況や価値観が間断なく、ときには劇的に変化する現代社会においては、制定時の状況・価値観を前提としたはずの立法者意思につねに固執するよりも、これらの変化が著しい場合には、解釈時の

状況・価値観に適合した結論を導き出す方が健全であると思われる。両者の点を考えあわせると、つねにはなく一定の場合に限定して尊重される考慮事由として立法者意思を捉えるのが妥当だと結論づけられそうである。

しかしながら、限定的考慮事由という立法者意思の位置づけは、この観念を厳密に検討することを妨げてきたのではないか<sup>⑩</sup>。この妨げは二つの局面で見られる。第一に、立法者意思をめぐるつぎのような基本的論点<sup>⑪</sup>が、石田をほぼ唯一の例外として、十分に検討されてこなかった。立法者とは誰か。起草者意思は立法者意思と同一か。立法者意思の考慮とは何か。立法者意思の考慮の根拠は何か。第二に、立法過程を扱う政治学的研究が法解釈方法論に対しても重要性について、法学者の間での認識が妨げられてきた。立法過程研究のアプローチは多彩だが、立法者意思の検討という文脈で有効なアプローチの一つに合理的選択理論があると思われる。合理的選択理論とは、方法論的個人主義に立ち、個人の合理性を前提した上で、社会の制度・現象を経済学的手法で分析する多様な研究を意味する。合理的選択理論が法解釈方法論にとってもつ含意について、「法と経済学」<sup>⑫</sup>においてはアメリカでの論議が紹介・検討され、日本への応用可能性が示唆されているが、日本の法と政治の文脈でこの含意をいっそう明確化することは、なお課題として残されていると考える。

本稿では、右に挙げた基本的論点を順次考察して、各論点について尤もだと思われる見解を選別し、それらの見解によって立法者意思の考慮の主張を構成した上で、合理的選択理論がこれらの見解にとってもつ含意を探究する。合理的選択理論の成果は、立法者意思を法解釈の規準とする立場を掘り崩すが、参考とする立場までも脅かすものではないであろう。かかる結論を受けて、立法者意思を参考とする考慮方法の素描を試みたい。これらの作業を通じて、わが国でこれまで自明視されてきた立法者意思の観念に改めて批判的検討の光をあてること<sup>⑬</sup>が、本稿の目的である。

以下ではまず、立法者意思をめぐるいくつかの基本的論点について予備的考察を行う(二)。つぎに、合理的選択

理論の成果を援用して、立法者意思を法解釈の規準とする考慮方法は維持しがたいことを示したい(三)。最後に、この意思を単なる参考とする考慮方法の素描を試みる(四)。

## 二 予備的考察

およそ立法者意思を語る際には考察を要するいくつかの基本的論点がある。そもそも立法者とは誰であるか。起草者意思ははたして立法者意思と同一であるか。立法者意思の考慮とはこの意思をどのように扱うことを意味するか。立法者意思の考慮はいかなる議論によって正当化されるか。立法者意思がしばしば限定的考慮事由として位置づけられるわが国の法解釈方法論においては、これらの論点は、石田をほぼ唯一の例外としてほとんど取り組まれてこなかった。本節では、立法者意思をめぐる右の設問に対するさまざまな解答を検討し、そのなかから理にかなうと思われる解答を選別して、それらの可能的組合せとして立法者意思の考慮の主張を構成する。このように構成された立法者意思の考慮は、少なからぬ説得力を備えた学理として立ち現れるであろう。

立法者意思に関して初めに問われるべきは、法解釈においてその意思が考慮されるべき立法者とは誰を意味するかである。法律が制定された時点でのすべての国会議員だろうか、あるいは法案に賛成した過半数の議員だろうか。また、法案提出以前の過程<sup>13</sup>における関与者は考慮に入れなくてよいだろうか。例えば、内閣提出法案の骨子となった答申を出した審議会での委員たちの論議を考慮に入れることは無意味だろうか。法案を起草した担当部署の官僚の意図は、国会の表決で賛成した一介の議員のそれよりも重要だと言えないだろうか。草案を打診されて修正を要望した関係省庁の官僚、文言を審査した内閣法制局の担当官、与党の政務調査会部会の審査で修正を求めた議員などが表明した要望・懸念・助言等をまったく考慮に入れない十分な理由があるだろうか。さらに、民主制の下では、法律制定を

要求したりそれに反対する選挙民の意思こそが考慮されるべきではないだろうか。それらに加えて、当該法律が改廃されずに存続してきたことを、制定後の国会や関係省庁の継続的な無関心や看過の結果でなく、特定の解釈に基づく継続的な承認の結果だと解釈するならば、制定後の国会や省庁の担当部署に属した歴代の全構成員を立法者に数え入れることが必要となってくるのではないか。歴代の議員や官僚を数え入れるならば、彼(女)らに法律の存続を求めたかもしれない選挙民はどうだろうか。

法律制定時のすべての議員か過半数の賛成派議員かという設問の考察から始めよう。解答として、全員説と過半数説がありうる。法解釈において何らかの意味での権威を立法者に認める人は、過半数説を採用するだろう。これはつぎのように説明できる。法解釈で考慮されうる立法者意思は、信念(belief)のみを含むか、あるいは信念と態度(attitude)の双方を含む。説明の便宜上、ある議員が所属政党や選挙民の意向をまったく考慮せずに思考し行動すると暫定的に仮定しよう。この議員は、法案の趣旨説明を聞き、審議での質疑応答に参加することを通じて、次第に法案中の単語の意味について自分自身の理解をもち、特定の条文が適用されるであろう範型事例を想定し、そして法案がもたらす社会的帰結を予測するようになるだろう。これらの理解・想定・予測が彼女の信念を構成する。この議員はまた、信念が形成されてゆくのと並行して、法案に対して肯定的態度をとるか否定的態度をとるかについて次第に決意を固めてゆくだろう。彼女の肯定的または否定的な態度は、法案表決時に彼女が行う起立や投票によって公式に表明される。法解釈にあたって立法者に権威が認められるならば、その権威は立法者が集合的に法律を市民に与えたという事実から発しているはずである。ここでは、法案への肯定的態度が立法者意思の重要な構成要素となる。反対派議員は否定的態度を公式に表明したのだから、成立した法律の解釈にあたってその意思が尊重される立法者のなかに彼(女)らを含まない方が妥当だろう。したがって、立法者の権威を認める人は、石田が行ったように、全員説

を退け過半数説を採用するだろう。<sup>14</sup>

法律制定時の議員以外の公務員について考えよう。この考察の際にも、信念と態度の区別は有用である。すなわち、法案形成過程で折衝をした相手側の官僚や与党審査に参加した議員は、法案に対して肯定的態度をもっていたことが知られているのではないが、立法者から除かれることになる。また、法案を起草した官僚は、起草された法案の採否を決定する立法者とは異なるから、前者を後者のなかに算入するよりも、起草者として別個に位置づける方が正確だろう。制定された法律をその後改廃しなかった歴代の国会議員や担当部局の官僚については、改廃の不作為を肯定的態度の表明と解釈しうるかが疑問であるだけでなく、彼(女)らの信念を知りうる資料が通常は存在しないから、これらの議員や官僚を立法者を含むのは困難である。

選挙民が立法者に含まれるべきだという意見は十分に理解可能である。民主制下での立法者意思は究極的には市民の意思から発しており、市民の意思は選挙を通じて表明され議員に伝達されるというわけである。しかし、選挙民を立法者に含むことにはじつは異論の余地がある。第一の理由は、選挙の時点で選挙民に提示される情報に関わる。選挙を経た議員が過ぎの任期中に審議するであろう法案は、議員が目にするのと同じ程度に明確かつ詳細な形で選挙時に選挙民の前に提示されるわけではない。たしかに重要法案は選挙での争点となって、各候補が公約のなかで態度を明確にするかもしれない。しかし、選挙時に公表されるのは法案の詳細ではなく骨子のみだろうから、それに関する市民の概括的信念を議員の詳細な信念と同列には扱えない。また、当選者による公約違反のゆえに、選挙民の意思は国会での採決に反映されない可能性がある。さらに、選挙の時点では起草されていない法案も少なくないだろう。第二の理由は、選挙民を立法者に含む見解が依って立つ民主制観に関わる。この見解が依拠するのは、議員は選挙民の意思に忠実に従って行動することを求められるという代理人説(delegate theory)である。だが、議員は選挙民の



意思から独立して自らの判断に基づいて行動することを求められるとする代表者説 (representative theory) も長い伝統をもち、控えめに言っても代理人説の妥当性は自明ではない。<sup>16</sup> 以上の理由から、立法者意思の考慮の主張が批判に曝されやすくなることを避けるために、選挙民を立法者に含まないことにしよう。

起案を担当した部局の官僚などの起草者を立法者に含まないとする、起草者意思と立法者意思の關係の如何という論点が現れる。この論点は重要である。法解釈の実作では、起草者意思が探究されて、結論を導く決め手ないし有力な手がかりとされることが少なくないからである。例えば民法学には、起草者の提案理由書や法典調査会速記議事録を綿密に調べたいくつかの労作がある。こうした実作における起草者意思の重要性にもかかわらず、法解釈方法論では通例は立法者意思のみが語られ、起草者意思との關係はほとんど論じられてこなかった。<sup>16</sup> 起草者が立法者に含まれないとすれば、起草者意思と立法者意思は同一となりうるだろうか、またいかなる条件下で同一となるだろうか。一つの解答は石田によって示唆されている。それによれば、起草者の提案が国会で修正を受けた場合を除いて、立法者は起草者の提案理由を受容したとみなしうるから、両者の意思は同一となる。<sup>17</sup> もっとも、石田が設けた条件はやや厳格だから、つぎのように緩和する方がよいだろう。提案が修正された場合と、起草者と賛成派議員の間に信念の齟齬が存在したことが議事録から読みとれる場合を除いて、起草者の理由が受容されたとみなすのである。これを受容仮説と名づけよう。

第三の基本的論点は、法解釈における立法者意思の考慮とは立法者意思をどのように扱うことを意味するかである。論理的には少なくとも三つの解答群を区別しうる。第一は、立法者意思の解明を法解釈の目的にすえ、法律の文言はこれを知るための材料にすぎないというものである。この立場は目的説と呼ぶことができる。目的説によれば、法文からごく自然に読みとれる意味と立法資料に基づいて確定される立法者意思とが相反するとき、前者が退けられ後者

が採用される。目的説による立法者意思の尊重は極端であり、到底維持されえない。仮に裁判官が、制定された法規の文言よりも制定されていない立法者意思を優先させるならば、憲法七六条三項に違反するのみならず、人の支配を排して法の支配に立つわが国の国制から逸脱するからである。日本でこの見解を支持する論者が皆無であるのもうなずけよう。

第二の解答群は、法規の意味の確定を法解釈の目的とした上で、複数の競合する解釈が可能である場合にその優劣を決する規準としての地位を立法者意思に承認するものである。これを規準説と呼ぶことにする。規準説は唯一規準説・優先規準説・単純規準説に三分できる。列挙した順に、立法者意思が法解釈を左右する範囲がより限定されてゆく。唯一規準説は、立法者意思の他にはいかなる規準も認めない。石田は若干の条件を附加して、これを採用している。それに対して、限定的考慮事由として立法者意思を位置づける論者の多くは、つぎの二説のいずれかを採用していると思われる。優先規準説は、例外的な場合を除いて、立法者意思を原則的に他の規準よりも優先させる。田中は優先規準説を支持していると解される。単純規準説は、他と競合するときには劣後する単なる一規準として立法者意思を位置づける。星野や広中はこの説に立つと思われる。もっとも、星野は、立法者意思が劣後する範囲をやや広く認めるのに対して、広中は、その範囲をより狭く認めている。優先規準説と単純規準説の差異は程度問題であり、両者の間に明快な境界線を引くことは容易でないが、しかし無論そのことから区別の不可能性は帰結しない。

第三の解答群は、法規の意味を確定する際に参考とされるべき事由の一つとして立法者意思を捉えるものである。これを参考説と呼ぼう。参考説は単純規準説に一見類似するが、両者の間には明らかな相違点がある。単純規準説によれば、立法者意思が他の考慮事由に優先する場合には、立法者意思は他を排除して単独で解釈の優劣判断規準となる。これに対して、参考説によれば、立法者意思はつねに他の事由とともに考慮に入れられるにすぎず、その意思に

認められる相対的重要性は解釈者の法的賢慮によって判断される。

立法者意思に関して最後に取り上げたい基本的論点は、立法者意思の考慮がいかにして正当化されるかである。これまで提案されたおもな正当化論として、民主制からの議論、権力分立からの議論、優秀性からの議論が挙げられる。フランス・ドイツ・アメリカの論議ではおもに前二者が提示されてきたのに対して、日本では後者のみが示唆されている。だが、これらの他に、有用性からの議論とも呼ぶべき正当化論もありうる。四つの議論を順に見てゆこう。

民主制からの議論によれば、民主的選挙を経ない裁判官は、選挙を経た議員の過半数派の意思に従って法解釈を行うべきである。議員の過半数派の意思こそが民主的正統性を備えているからだという。この議論の背後にあるのは、裁判所を民主制からの逸脱とみなしてその権限の最小化をめざす民主制観である。民主制からの議論は二通りに解釈できる。代理人説を前提すると、議員の過半数派の意思は、選挙を通じて表明された市民の多数派の意思に忠実に従うことにより、民主的正統性を備える。他方、代表者説の下では、議員の過半数派の意思は、選挙を通じて市民の多数派によって委任された人々の自律的判断であることにより、民主的正統性をもつ。民主制からの議論は、法律が扱う問題領域を問わず一般的に立法者意思の考慮を要求する。また、立法者意思が他の考慮事由に容易に劣後することを許さないから、唯一規準説または優先規準説を求めることになる。そして、この議論は民主制における立法府の権威を称揚するから、議員以外の者が法案を起草した場合には、受容仮説によって起草者意思が立法者意思に投影されないかぎり、起草者意思の考慮を認めない。

権力分立からの議論によれば、立法府は法規の意味を確定する権限を保持しており、司法府は確定された意味を事に適用する権限のみを賦与されているから、裁判官は立法者意思に服するべきである。この議論は、司法府の権限

の縮小を志向して立法府による民主的拘束を主張する権力分立観を具現するものであるから、民主制からの議論と親和的かつ相互補完的な関係に立つ。問題領域を問わず一般的に立法者意思の考慮を求める点や、唯一規準説または優先規準説を支持する点、受容仮説が満たされなにかぎり起草者意思の考慮を認めない点でも、権力分立からの議論は民主制からの議論に類似している。

優秀性からの議論によれば、法文上の術語法、条文の適用範囲、法律の社会的影響などについて、立法者は裁判官よりも優れた専門的能力を有するはずだから、裁判官は立法者の専門的優秀さを認め、その意思を尊重して法解釈を行うべきである。この議論は、専門的優秀性が必要となる問題領域でのみ妥当する。優秀性からの議論もかなり強い考慮を要求するから、唯一規準説または優先規準説を支持する。実際、石田はこの議論を示唆して、若干の条件をつけた唯一規準説を擁護する。<sup>19</sup> イギリスでも最近、これに類似した議論によって規準説を正当化する論者が現れている。<sup>20</sup> 優秀性からの議論も他の二つの議論と同じく、受容仮説による起草者意思の立法者意思への投影がないかぎり、起草者意思の考慮を認めない。<sup>21</sup>

これら三種の議論はいずれも、立法者意思の例外なき尊重または原則的尊重を裁判官に要求するかなり強い正当化論である。では、参考説を支持するようなより弱い正当化論は可能だろうか。一つの試論として、有用性からの議論を提案したい。この議論は、立法資料から浮かび上がる立法者意思のなかには、法解釈者が当該法律に対する自らの理解を深めるための手がかりが含まれている可能性がある」と述べる。立法者意思はここでは法律への理解を深める手がかりとされるから、単独で法解釈の規準とはなりえず、またその尊重を法解釈者に要求するものでもない。有用性からの議論を四で発展させることにしたい。

ここまでの考察で尤もらしさを基準に選別された諸見解は、立法者意思や起草者意思がいくつかの属性をもつこと

を要請する。本節の残りでは、要請される若干の属性を同定してゆきたい。<sup>22)</sup>まず、法律制定時の過半数の賛成派議員が立法者だとする過半数説の背後には、自給性の想定がある。すなわち、それぞれの議員が各条文と法案全体に対して肯定的態度をもつにいたった理由はそれぞれ、各議員が個々の条文に関してもった信念と、法案全体の目的や社会的影響に關してもった信念から提供されているはずだと想定されている。言いかえれば、各人の態度は、信念の外部にある事情を理由とすることも、理由なしに(例えば気まぐれにより)形成されることもない。自給性の想定は、立法者意思の内部で信念と態度を内容的に連結する機能を果たしている。

つぎに、立法者意思を法解釈の優劣判断規準として扱う規準説は、その三形態のいずれであれ、立法者意思がつぎの属性をもつことを要求する。第一は単一性である。特定の論点に關する立法者意思のなかに信念と肯定的態度の組合せが仮に二つ以上並立しているならば、立法者意思は一義的に決まらず、解釈の規準となりえないだろう。第二は誠実性である。信念とならんで立法者意思の構成要素をなす肯定的態度は、表決における各議員の法案への賛成に顯現する。肯定的態度を表明した議員の信念だけが法解釈において規準として扱われるから、各議員は法案に対する自らの態度を表決時に偽らないはずだと想定されている。第三は公益性である。立法者意思が法解釈の規準となる以上、それは公共的に正当化可能でなければならない。すなわち、立法者意思に含まれる信念は、当該法規が特殊的な私益に影響する仕方ではなく、一般的な公益を促進する仕方に関心の焦点をあわせているはずであり、また肯定的態度は、当該法案が私益のみに仕えるのではなく、むしろ公益を促進することを理由としているはずだとされる。

民主制からの議論と権力分立からの議論も単一性および誠実性を要請する。立法院は、市民の代理人または代表者としての議員の過半数派が同一の意思を共有していることにより、社会全体の多数派の体现者として自己を主張する。民主制からの議論が立法院に認定する民主的正統性も、権力分立からの議論が立法院に承認する法規の意味を確

定する権限も、過半数派の議員による同一の意思の共有を基礎としている。したがって、過半数の賛成派議員がもつ立法者意思は単一であると前提されている。また、法案に対する否定的態度を胸に秘めた議員たちが偽って法案に賛成する場合には、過半数派による肯定的態度の共有が不確かとなるから、虚偽の態度表明があってはならない。他方、優秀性からの議論は、立法者意思が共有される議員の範囲ではなくこの意思の主体がもつ専門的能力に焦点をあわせているから、単一性・誠実性の想定を不可欠とするわけではない。だが、この議論は立法者意思の公益性を前提する。ある議員が法案について、自分の妻が経営する会社にその法案がいかなる影響を与えるかという関心に基づいて信念を形成し整序したり、その法案が可決されれば妻の会社に有利となるであろうという理由によって肯定的態度を決める場合には、彼の信念も態度も立法者意思として扱うに値しないように思われる。法律が私益を利用する仕方に関心を集中した信念や、その私益のみを根拠とする肯定的態度は、公共的正当化を求められる法解釈において占めるべき場所をもたない。

すべての賛成派議員が審議中に発言するわけではなく、したがってその全員の信念・態度を立法資料から把握することはできない。そこで、規準説は、立法資料の読解から浮かび上がる特定の議員の立法者意思が代表性をもつことを要請する。つまり、その議員が表明した信念は、他のすべての賛成派議員の心的状態を代表しているとされる。代表性は起草者意思についても要求される。法案が国会で修正されたり、起草者—立法者間の信念の齟齬が資料から判明しないかぎり、すべての賛成派議員は起草者意思を受容した上で法案に賛成したのだとみなされる。これは、法案修正や信念の齟齬の場合を例外として、起草者意思が賛成派議員の心的状態を代表していると前提することに他ならない。

## 三 批判的検討

本節では、二で概観した立法者意思の考慮の主張を構成する諸見解を批判的に検討してゆく。一般に、理論を検討するにはいくつかの方法がある。一つは、理論がはらむ曖昧さや内的不整合を個別に指摘してゆく方法である。例えば民主制からの議論に対しては、民主制の下で裁判所が尊重するべき議員の過半数派の意思とは、法律が制定された過去の時点で議席をもっていた人々の意思ではなく、法律が適用される現在の時点で議席をもつ人々の意思ではないかという疑問が出されている。だが、ここでは別の検討方法をとりたい。それは理論の利用可能性を問うものである。例えば、あるタイプの問題を解くことを目的とする理論を実際に用いると、理論が予定していない膨大な作業を行わざるをえなくなり、問題の解決がかえって遠のくとすれば、その理論の利用可能性は小さいと言える。また、理論が妥当する事例の範囲が非常に狭い場合にも、利用可能性はかなり限定されている。立法者意思の考慮の主張を構成する諸見解は、法解釈を行う際に一般的に用いることが予定されているから、法解釈とは異質な大量の作業を解釈者に課したり、ごく限られた数の法律についてのみ妥当するものであってはならないだろう。

以下での検討の手法は合理的選択理論に依拠している。合理的選択理論とは、方法論的個人主義に立脚して、個人の合理性を前提した上で、社会制度や社会現象を経済学的手法によって分析する理論研究と実証研究の総体である。合理的選択理論はこの半世紀間にアメリカで著しい発展をとげ、政治学で一大勢力に成長した他、社会学や法学でも有力な一潮流を形成しつつある。政治制度や政治現象の文脈では、合理的選択理論は、集合的決定の形式的構造を数学的に分析する社会的選択理論と、現実の制度・現象をモデル構築と経験的実証によって解明する実証的政治理論に大別できる。<sup>23)</sup>

社会的選択理論と実証的政治理論はいずれも法律学・法哲学・政治哲学にとって多様な含意をもっており、その一

つとして立法者意思の考慮の再考がある。アメリカでは一九八〇年代に、社会的選択理論・実証的政治理論の影響を受けた一部の裁判官が、論文・判決・講演のなかで、立法者意思の探究を峻拒して厳格なテキスト主義を説いた。<sup>(26)</sup>一九九〇年代に入ると、合理的選択理論の有力な理論家が社会的選択理論の成果を根拠として、立法者意思は語義矛盾だとさえ論じた。<sup>(26)</sup>これらの立場に与しない理論家たちは、立法者意思の再定位を多様な観点から試みている。<sup>(27)</sup>では、日本の文脈において、合理的選択理論は立法者意思についていかなる含意をもつだろうか。アメリカでの含意の指摘を紹介して、これは日本でも妥当するはずだとだけ述べるならば、それはこの問いにする満足のゆく解答ではない。たとえ元の指摘がかの国では説得的だとしても、そうである。なぜなら、法案採決ルール、党議拘束の強さ、主要政党数などの多くの点で、日米間には無視できない差異が存在するからである。わが国における合理的選択理論の含意は、この国の立法過程ないしその形式的モデルにそくして見いだされなければならない。

立法者意思は、すべてのまたは大多数の法律で自給性・単一性・誠実性・公益性を具備しているだろうか。また、立法資料から判明する起草者意思や一部の議員の立法者意思は、つねにまたは多くの場合に代表性をもつだろうか。仮に五つの属性が欠ける場合があるならば、法律の解釈者はそれをいかにして知りうるだろうか。これらの点の検討を通じて、立法者意思の考慮の主張を構成する諸見解の利用可能性が、一見するよりもはるかに限定されていることを示したい。

自給性から見てゆくことにしよう。検討の手がかりとなるのは、実証的政治理論において分析されたフルライン・サプライ (full-line supply) という代表民主制の特徴である。<sup>(28)</sup>例えば選挙で、ある有権者が二人の候補者 $C_1$ 、 $C_2$ のどちらかに投票しようとするとき、特定の政策領域については $C_1$ の公約の方が好ましいが、公約全体では $C_2$ がより好ましいということが起こりうる。このとき、その人は $C_2$ に投票する他はない。このように代表民主制の下では、有権



者は選挙で一政党または一候補者を支持することによって、一つの政策ではなく一組の政策全体を自動的に選択してしまう。これがフルライン・サプライである。具体的な公約は候補者選択の材料として役立つから、一般に歓迎できるものだが、しかし公約が具体的であるかぎりフルライン・サプライがほぼ不可避免的に生ずる。例えば、選挙での争点有五つあり、各争点での選択肢が三つずつにすぎない場合でさえ、論理的に可能な政党の立場はじつに二四三通りに上る。だが、二四三政党が競う選挙など無論ありえない。フルライン・サプライに類似した事態は、法案を前にした議員たちにも生じうる。一人の議員が、この法案全体は可決されるべきだと考えつつも、同時にいくつかの条文は不適当だと信じているとしよう。だが、彼女には、修正案を準備する時間的余裕もなければ、その修正案が同僚たちに支持されるという見通しもない。そのような場合、この議員は法案に賛成する他はないだろう。彼女の立法者意思は、法案全体のレベルでは自給性を備えているが、個々の条文のレベルではこの属性を部分的に欠いている。

フルライン・サプライとの類比によって議員の法案に対する態度決定を記述することは、アメリカのように党議拘束が弱い議会には適合するが、日本のようにこれが強い議会には必ずしも適合しない。では、強い党議拘束という特徴は自給性の想定を救済するか。答えは否である。むしろ反対に、強い党議拘束は自給性の仮説をより大きく揺さぶるのである。与党議員の一〇%が、ある内閣提出法案は全体として無益であるばかりか、現状よりも事態を悪化させると信じているとしよう。だが、彼(女)らの大半は当選回数が少ない若手議員であり、しかも数個の対立しあう派閥に属していて結束できないので、党内論議を巻き起こして党議を覆せる見通しは皆無に近い。すると、彼(女)らは結局は法案に賛成せざるをえない。法案に賛成するのは、自分たちが理解する法文の意味や法案全体の目的を是認したからではない。党議に違背して法案に反対した場合に、所属政党が自分に公式に下すであろうペナルティーや、党議に服した同僚議員が非公式に課するであろう負のサンクションを避けたいからである。立法者意思はここでは、個々

の条文のレヴェルのみならず法案全体のレヴェルでも自給性を欠いている。この種の状況が強い党議拘束の政党においてはときおり生ずると推測することは理にかなっているだろう。自給性の欠如に対する根本的処方箋は、端的に信念と態度を切り離して扱うことだが、その帰結は単一性・誠実性とも関わるので、これら二つの属性を検討した後に考察したい。

単一性と誠実性の検討に移ろう。まず、社会的選択理論の古典的テーマである循環(cycle)を取り上げる。<sup>29)</sup>一〇〇議席からなる議会に、四五議席を占めるA党、四〇議席のB党、一五議席のC党があると仮定する。A党とC党は連立与党を形成しているが、両党間で意見が対立することも多く、政情は不安定である。いまA党主導の内閣が提出した原案と、B党議員が発議した修正案がある。A党は原案―現状維持―修正案の順に好ましいと考えており、B党は修正案―原案―現状維持と、C党は現状維持―修正案―原案としている。各議員が法案への賛否を問われる単純多数決の下で、修正案が先に採決され、それが否決された場合に原案が採決されるとする。まずA党とC党の反対により修正案が否決され、つぎにA党とB党の賛成により原案が可決される。ここから、議会全体の選好順序は好ましさを順に、原案―現状維持―修正案となる。ところが、B党とC党の支持により、修正案―原案とされている。このように、三つ以上の選択肢について、最良の選択肢よりも最悪の選択肢の方がより好ましいとされる事態を、循環と呼ぶ。このとき立法者は誰か。また、立法者意思における態度は何か。立法者は、過半数派をなすA党とB党の議員であり、彼(女)らの態度は、原案が現状維持よりも好ましいとする肯定的態度だと言われるかもしれない。しかし、原案と修正案の関係に着目すると、過半数派はB党とC党の議員であり、その態度は原案を修正案よりも好ましくないとする否定的態度なのである。ここでは三つの過半数派が存在し、各々が異なった態度をもっている。それでも原案が可決された以上、立法者はあくまでもA党とB党の議員だと言うこともできる。だが、立法者意思における態度が、

原案と現状の関係では一つだが、原案と修正案の関係では二つあることは否定できない。つまり、立法者意思が複数存在しているのである。

右の仮想例は、循環の発生により立法者意思が複数となる論理的可能性を示している。だが、この仮想例のような状況が戦後日本で現実に生じた可能性は大きくない。なぜなら、この例は第一党が過半数を割る政党分布を示しているのに対して、五五年体制の大半の時期には、与党が単独で過半数を占めてきたからである。<sup>30</sup>戦後のわが国の政党分布にいつそう適合的なのは、つぎに挙げるような例である。これは、一種の票取引 (vote trading) が行われたために、立法者意思が単一性も誠実性も備えていないという状態を示している。<sup>31</sup>票取引とは、一人以上の構成員からなる二つの党派  $F_1$  と  $F_2$  の間で、 $F_1$  が争点  $I_1$  について、結果が  $F_2$  に有利となるような仕方虚偽の投票を行い、それと引換に  $F_2$  が  $I_2$  について、 $F_1$  に有利となるように虚偽の投票を行うことを取り決めて、両者が実行することである。

一〇〇議席からなる議会で、与党が五五議席を占め、残余の四五議席を数個の野党が分け合っていると仮定しよう。内閣提出法案 A について採決が行われ、与党が賛成し、すべての野党が反対したので、五五票対四五票で可決された。他方、野党議員が別の政策分野において超党派で発議した法案 B について、すべての野党が賛成し、与党が反対したため、四五票対五五票で否決された。このとき、法律 A\* の立法者はすべての与党議員であり、立法者意思に含まれる肯定的態度は全与党議員によって共有されていると確実に言えるだろうか。つぎのような筋書きを考えてみよう。与党は、主流派三〇名と反主流派二五名という二つの派閥からなる。主流派は、今会期中に A が可決されることをめざし、B に好意的だった。他方、反主流派は A をあまり歓迎せず、B には強く反対していた。野党はすべて、A について消極的で、B の可決をめざしていた。このとき、A の可決 (a)・否決 ( $\bar{a}$ ) と B の可決 (b)・否決 ( $\bar{b}$ ) からなる四通りの組合せについて、三つの議員集団はつぎのような選好順序をもつ。与党の主流派は  $a b | a \bar{b} | \bar{a} b |$

$\bar{a}\bar{b}$ 、反主流派は $\bar{a}\bar{b} | a\bar{b} | \bar{a}b | ab$ 、野党は $\bar{a}b | ab | \bar{a}\bar{b} | a\bar{b}$ としている。仮に両法案について与党で党議が行われず、各議員が自らの真正の態度に従って表決時に行動したならば、Aは三〇票の支持しか得られずに否決され、Bは七五票を得て可決されたはずである。だが、主流派はAの可決に必要な党内の合意を得るため、Bについて反主流派に対して妥協した。その結果、Aに賛成しBに反対するという党議が成立した。これは、主流派と反主流派の間で票取引が行われたのに等しい。賛成派議員のうち、三〇名は肯定的態度を、二五名は否定的態度をもって来たから、この場合には立法者意思は単一性を欠いている。また、二五名については、立法者意思は誠実性も備えていない。

右の仮想例が示すように、立法者意思が単一性と誠実性を欠くことは想像しがたい異常な事態ではない。そこで、民主制からの議論または権力分立からの議論を受け入れ、立法者意思を規準として用いようとする法解釈者は、解釈対象の法律が制定された時点で単一性・誠実性の欠如がなかったことを確認する作業を行う必要がある。票取引が行われうるのは、党派 $F_1$ 、 $F_2$ と争点 $I_1$ 、 $I_2$ についてつぎの条件が充足されるときである。 $F_1$ が、① $I_1$ では自らが望む結果を獲得できるが、望まない結果をもたらそうと思えばそうすることができ、② $I_2$ では望む結果を獲得できないが、 $I_2$ で望む結果を得ることは $I_1$ で望む結果を得ることよりも好ましいと考えており、他方 $F_2$ は $F_1$ と対称的な立場にある。これに鑑みると、法解釈者は、当該法案に賛成したすべての政党・派閥について、その法案と問題の会期中に採決された他のあらゆる法案・決議案との間で右の条件が満たされないことを確認する必要がある。そのためには、賛成派に含まれるすべての党派について、会期中に出されたあらゆる法案への賛否とその選好強度とを正確に推定しなければならぬ。これは明らかに膨大な作業量を意味し、しかも資料の制約により十分に成し遂げられない虞が大きい。しかし、この作業を完遂しないかぎり、安んじて立法者意思を規準として用いることはできないのである。このよう

に膨大な作業を法解釈者に要求する規準説や民主制からの議論および権力分立からの議論は、期待されるほどの利用可能性をもっているとは言いがたい。

かかる困難を前にして、規準説の支持者はつぎのように考えるかもしれない。単一性と誠実性に対する反例は、規準説の存立不可能性を例証しているのではなく、規準説の部分的修正の必要性を示唆している。困難の原因は、そもそも立法者の信念と肯定的態度を自給性で結合し、その結合体に単一性を帰した上で、法解釈の優劣判断規準としたことにある。むしろ信念と態度を切り離して、信念だけを規準として扱い、それにのみ単一性を求めればよかったのだ。この切断を行うならば、規準説にとって最小限必要である単一性はつねに維持され、また信念と態度の連結ゆえに必要とされた自給性および誠実性はもはや無用となるのである。たしかに信念と態度の切断は自給性・誠実性を無用化するが、しかし信念だけの単一性さえもつねに維持できるわけではない。例えば票取引に関する仮想例の記述のなかにつきの一文を織り込んでも、不自然な筋書きとはならないだろう。主流派と反主流派・野党との間にあるAへの態度の相違は、重要な条文の適用範囲に関する理解や法律全体の社会的影響に関する予想などにおける無視できない相違に由来する。この文を織り込んだ場合には、賛成派議員の態度のみならず信念も単一性をもたないことになる。要するに、立法者意思が信念と態度の双方を含むという基底的前提を変更する場合にさえ、規準説の存立に必要不可欠な単一性を立法者意思が欠いているという状況は十分に想像可能なのである。

公益性の検討に移りたい。公益性の想定に対して重大な疑義を投げかけるのは、実証的政治理論におけるレント・シーキング(rent seeking)研究である。<sup>32</sup> レント・シーキングとは、市場競争でなく政治過程を通じて富を他者から移転させ維持するための活動である。事業者はさまざまな公共政策からレントを受け取る事ができる。レントを提供する政策の代表例は公的規制である。レントの供給方法の観点から見ると、規制は二つのタイプに大別できる。<sup>33</sup> 一

つは、独占または寡占を創出したり維持する独占維持型規制である。例えば一九五三年に制定された日本航空株式会社法の下で、日本航空は莫大な独占レントを獲得しつづけ、一九八七年の同法廃止により完全民営化されたときには巨大企業に成長していた。この種の規制はかつては電気通信などの分野でも見られた。日本の公的規制に特徴的なのは、いま一つのタイプの規制がかなり広範に設けられてきたことである。それは、競争市場におかれれば早晚淘汰されるであろう非効率な中小規模事業者を庇護する淘汰阻止型規制である。よく知られた例は、大規模小売店舗における小売業の事業活動の調整に関する法律(大店法)の運用を通じて、中小小売業者が大型店舗との競争から保護されたことである。類似の例として、中小企業の事業活動の機会の確保のための大企業の事業活動の調整に関する法律(分野調整法)の下で行われる中小事業者の保護がある。しかも、レントを提供する政策は規制にとどまらず、関税・非関税障壁・補助金・低利借款・税制上の優遇・公共事業等、じつに多岐にわたる。

事業者団体は市場競争を回避してレントを得るために、与党や官庁に対してレント・シーキングを行う。他方、与党議員は選挙での組織的投票を期待して、事業者の要望を満たそうとする。官僚は厳しい資源制約の下で職務を遂行するために事業者の協力を必要としており、また監視者である与党の意向を無視できないため、事業者の要望に応じようとする。このようにして、事業者―与党政治家―官僚の三者間に政治的交換が成立する。例えば大店法の制定や運用には、政治的交換の側面が見いだされる<sup>34</sup>。長年にわたって自民党を支持してきた中小小売業者たちは、一九六〇年代に大型店舗による進出の脅威に直面した。小売業者たちの要望に応じて、当時の通産大臣は大型店舗の脅威を抑制することを約束し、通産省が法案を起草して、大店法が成立したのである。しかも、一時期の法運用では、大型店舗の届出を受けつける地方通産局が、受理の前提として地元からの同意の取りつけを指導するなど、法規を上回る保護を中小小売業者に与えていた。そのため、大型店舗は、店舗面積の大幅な削減や割引販売等の制限に同意した上、

地元事業者などに巨額の寄付を行って初めて、開業にこぎつけることができたという。ここに見られたような政治的交換が立法過程の背後に存在する場合には、法案に賛成した与党議員たちが公益のみを慮って信念を形成し態度を決定したと言うことはできない。かかる場合には、規準説や優秀性からの議論が想定する公益性を立法者意思に帰するのは難しい。

レント・シーキングは、わが国のあらゆる現行法の立法過程で同程度に見られたわけではないだろう。その規模や頻度は立法過程の三つの次元で規定されると考えられる。第一は政治的次元である。一般に、政治体制がより民主的になれば、いっそう多くの市民が政治的決定に影響を与えようようになるから、レント・シーキングは大規模かつ活発となる。たしかにレント・シーキングは民主制に固有の現象ではなく、例えばイギリス・フランスの重商主義をレント・シーキング社会として分析する歴史研究もある。しかし、他の事由を一定とすれば、民主化とレント・シーキングの間には緩やかな正の相関関係が成り立つだろう。第二は経済的次元である。レント・シーキングは大きな費用をとまなうから、少数者に巨大な富が集中している社会ではレント・シーキング競争が熾烈となり、強力な利益集団が多数存在する社会ではこの競争が広範に見られるだろう。第三は政策的次元である。図式的に言えば、近代法は古典的法令の整備から今日的法令の増大へと展開してきた。<sup>36</sup>古典的法令とは、民法や民事訴訟法など、一般的・互酬的な権利義務とそれに基づく紛争解決機構の確立を基本目的とする法令である。古典的法令が整備されるにつれて、互酬的権利義務に基づく自由な行為がときには全体的厚生を低下させるという認識が広まり、また一般的権利義務では十分に対処できない特殊の問題群が発生または顕在化していった。この新たな局面に対応するために、社会法や経済法の分野で見られるように、多様な今日的法令が設けられてきた。古典的法令と比べて今日的法令は、特定の範疇の市民だけに大きな影響を与えやすく、また所得再分配機能をより顕著にもつから、前者の立法過程よりも後者のそれ

においてレント・シーキングが行われやすい。

以上三つの次元の説明から、立法者意思の公益性について一般的につきのようと言える。公益性の想定が維持されやすいのは、わが国で民主的政治体制が確立する以前で、しかも産業化による富の蓄積や同業者集団の結成がいまだ本格化していない時期に、一般的・互酬的な権利義務や紛争解決機構を設立する古典的法令についてである。これに該当するのは、民法をはじめとするかなり少数の法律に限られる。それ以外の広大な法分野に属する法律については、立法者意思の公益性に一応の疑義が生ずるから、優秀性からの議論を受け入れて立法者意思を法解釈の規準とする人は、立法過程を仔細に調査してこの疑義を払拭しなければならない。

最後に、立法資料から読みとれる起草者・立法者の意思が代表性をもつという想定を検討しよう。代表性の想定についてはいくつかの観点から批判的検討が可能だが、ここでは合理的無知(rational ignorance)を応用するという方途をとる。<sup>96)</sup>費用便益計算に基づいて行動する多くの市民は、自分が選挙でどの候補者ないし政党に投票するかを決めるために、費用をとまなう情報収集と情報処理を積極的に行おうとはしないと予想される。まず、情報を獲得する前にすでに、ある候補者・政党が別の候補者・政党よりもはるかに好ましいと考えている市民は、その選好を覆す情報を、大きな費用を払ってまで収集しようとしまいだろう。こうした強い選好をもたない市民も、新たな情報が自分の投票からの期待便益を大きく変化させると予想されるのでないかぎり、積極的に情報収集を行わないだろう。そして、より重要な点だが、極めて多数の市民が投票する大衆民主制では、各人の一票は大海の一滴にすぎないから、賢明な投票を行うために情報の収集・分析を行う誘因は小さい。費用便益に基づいてあえて情報を収集しないことは、合理的無知と呼ばれている。

市民の合理的無知に類似した現象は、党議拘束が強い政党における議員にも生ずるのではないか。自分が法案に賛



成するか反対するかが党議によって決定され、それに服従する他はないならば、法案の提出者・発議者による趣旨説明や同僚議員の質問・反応などに注意深く耳を傾けて理解しようとする理由は乏しい。議員は多忙である。彼(女)らは、選挙区民のための活動や、特定の政策分野での活躍、他党との折衝、党の組織運営など、再選のための必要性や自らの関心・得手不得手に応じて多様な活動に時間を割いている。この多忙さの下では、自らの貴重な時間を、態度を決定するためには不要な情報収集に費やすよりも、他の活動のために用いる方を好むだろう。そこで、多くの議員は、起草者や他の議員の信念に関して情報を積極的に収集し処理しようとはしないであろう。したがって、代表性の想定が立法過程の現実に適合しているとは考えにくい。この推定は、政策領域を問わず多くの議員について妥当すると考えられるから、代表性の想定を維持しようとする法解釈者は、法案ごとにあらゆる賛成派議員についてこの推定を覆してゆかなければならない。この作業は一般に多大な時間を要し、しかもそのすえに無益に終わることも少なくないだろう。そうだとすれば、代表性を想定する見解の利用可能性はかなり疑わしいことになる。

以上の批判的検討から、つぎのことが明らかとなった。第一に、過半数説によって要請される自給性は、党議拘束が強いわが国の政党制においてはときに欠如してきたと推測される。第二に、三つの形態の規準説と民主制からの議論および権力分立からの議論は単一性・誠実性を求めるが、これら二つの属性は、与党内で一種の票取引が行われた場合には部分的に欠落する。第三に、規準説や優秀性からの議論が前提する公益性は、比較的少数の古典的法令については存在するだろうが、すでにおびただしい数が見られ、しかも年々増加しつつある今日の法令については存在しない疑いがある。第四に、立法資料から読みとれる起草者意思・立法者意思の代表性は、党議拘束が強いわが国ではしばしば存在しないと推定される。これらの点から、立法者意思の考慮の主張を構成する尤もらしい見解として選び出された過半数説、唯一規準説・優先規準説・単純規準説、民主制からの議論・権力分立からの議論・優秀性からの

議論、そして受容仮説は、それぞれが妥当しうる範囲が著しく限定されているか、あるいはその妥当性を主張するためには膨大な作業を行うことを法解釈者に要求する。したがって、これらの見解はいずれも、利用可能性がかなり限定されていると結論づけられる。

#### 四 結 論

前節までの議論はつぎのように要約できる。考察の出発点となった問題提起はつぎのようなものだった。法解釈方法論において立法者意思が限定的考慮事由として位置づけられてきたために、立法者意思の考慮という観念の厳密な検討が妨げられてきたのではないか。この厳密な検討を試みるための予備的作業として、まず(1)立法者の範囲、(2)起草者意思と立法者意思の関係、(3)立法者意思の考慮の意味、(4)考慮の正当化論という四つの論点を提示した。つぎに、四つの設問に異なった解答を与える諸見解のうち、[1]過半数説、[2]受容仮説、[3]唯一規準説・優先規準説・単純規準説、[4]民主制からの議論・権力分立からの議論・優秀性からの議論を選別し、その可能的な組合せとして立法者意思の考慮の主張を構成した。そして、これらの見解が立法者意思に自給性・単一性・誠実性・公益性を要請し、また立法資料から読みとれる起草者意思・立法者意思には代表性を要求することを指摘した上で、合理的選択理論の成果の一部を用いてその属性の存否を検討した。その結果、右の諸見解はいずれも、利用可能性がかなり限定されていることが示された。

つぎに問われるべきなのは、かかる検討結果をどのように解釈するかである。合理的選択理論の多様な含意を考察する際には、このアプローチが何を明らかにしたかを問うだけでは十分でない。合理的選択理論が何を(まだ)明らかにしていないかにも注意を払う必要がある。合理的選択理論は立法者意思の観念の無意味性を論証したのではなく、

立法者意思の考慮の全面的廃棄を推奨しているわけでもない。本稿で援用した成果にそくして言えば、合理的選択理論によって明らかとなったのは、立法者意思が自給性・単一性・誠実性・公益性をもつという想定や、資料上の立法者意思・起草者意思が代表性をもつという前提が、しばしばあるいはときには誤りだということである。それ以上のものではない。そこで、右に列挙した属性が帰されないように立法者意思を再解釈するとともに、手許に残された全員説・参考説・有用性からの議論を起点として、立法者意思の考慮を新たに構成しなおしてゆくという途が残されている。かかる可能性を示していることがじつは合理的選択理論の真の含意なのである。すなわち、合理的選択理論は、従来の立法者意思の意味やその考慮方法がはらむ維持困難性を明らかにすることによって、代替的な意味と考慮方法を模索する必要性に法解釈者たちの注意を向けさせ、模索の基本方向を指し示していると考えられるのである。

では、立法者意思をどのように再解釈し、それをいかなる仕方でも考慮しうるだろうか。私見を詳細に展開する余裕はもはやないので、要点のみを述べて本稿を結ぶことにする。立法者意思の再解釈とその新たな考慮方法を、法律を公共政策の一形態として捉える視座から提案したい。<sup>37)</sup> 公共政策とは、国家が公共的問題に対処するべく、市民または公務員に特定の行為を促し、あるいは控えさせる行為指針である。それぞれの法律は、一群の公共的問題の解決または緩和という目的を達成するために一般的形式で定立される手段として理解できる。法律の目的も手段も、法律が制定された時点ではなく解釈される時点を基準に同定される。

制定時でなく解釈時が法規の意味内容を確定する基準時であるにもかかわらず、法律における問題対処の機構を法解釈者が説明してゆく際に、審議に参加した議員たちの多様な信念から参考となる言明が引き出される場合があるだろう。ここでは議員の信念を立法者の心的状態を表すものとしてではなく、参考となる言明の源泉として捉えているから、信念が法案への肯定的態度と結合している必要はない。したがって、信念の主体を過半数の賛成派議員に限定

する理由はない。すべての議員とする方がかえって有用性が増すと考えられる。じつは信念の主体を全議員とする必要さえないのである。いったん信念と態度を切断するならば、法案の起草者や審査者などの信念に関する言明を参照してはならない理由があるだろうか。むしろ、起草者の信念が立法者によって受容されたか否かを問わず、起草者の信念を表す言明に特別な注意を払うべき理由がある。法律の起草者は、当該法律が扱う問題領域に関する専門家であるから、問題の性格や対処法などについて専門的所見をもっていると期待できるのである。また、起案から幾度かの修正・承認を経て法案の可決にいたる過程を可能なかぎり克明に追跡し、関与者たちの言明を調査する意義も大きいだろう。法案形成過程には多種多様な情報・利害・価値観をもった人々が関与するので、各人の言明を丹念に追う作業は、その過程の所産として現れる法律の複雑な多面性を正確に理解することに資するからである。無論、法案への態度の如何を問わず、議員からの質問や反応も有用である。法案について多くの知識をもたない議員についてさえ、そうでありうる。ある条文が、個人の権利の保護でなく共通利益の促進を目的とすると解される場合、その条文を正確に理解するためには、一般市民の価値観や好悪を把握する必要がある。国会審議における議員の質問・反応は、一般市民の価値観・好悪を推量する材料となりうるのである。結局、有用性からの議論に基づき参考説においてその意思が考慮される人々の範囲は、過半数説さらには全員説をも超えて、いまや可能なかぎり多くの立法関与者へと拡大されることになる。立法者意思の自給性・単一性・誠実性も、資料から読みとれる立法者意思・起草者意思の代表性も、ここではまったく不要である。

しかしながら、右で素描された参考説の発展型は規準説と同じく、公益性の想定に由来する困難を抱えているのではないかという批判が予想される。それによれば、参考となる言明の源泉としての立法関与者の信念は、たしかに自給性・単一性・誠実性や代表性を必要としないが、しかし公益性をなおも想定しているだろう。だが、合理的選択理

論に照らせば、この属性の想定は疑わしいから、参考説の発展型も規準説と同じく維持できないというのである。この批判にはつぎのように応答したい。法律の目的は、制定関与者たちの心的状態によって同定されるのではなく、制定関与者たちを含む解釈者間での公共的正当化の論議実践を通じてのみ同定される。例えばある議員が法案に賛成したのは、法案が彼の妻の会社に有利に機能するであろうと予測したからかもしれない。しかし、かかる私的利益は、その法案を最良の光の下で描出しようとする解釈的言語実践においては占めるべき座をもちえない。法律の目的は、その議員の妻の厚生に無関心である人にとっても、また彼女と利害が対立する人にとっても原理的に受容しうるような公共的正当化が可能であることを求められる。参考説は規準説と異なって、特定の人々の心的状態を法解釈の規準としないから、立法者の私益への関心が法解釈に注入されることはないのである。

少なからぬ国の法解釈方法論において、民主制や権力分立の下で権威を備え専門知識に裏打ちされた立法者意思を尊重する解釈をとるか、あるいは現在の社会状況や価値観に適合した解釈をとるかという選択問題が存在すると信じられてきた。言い換えれば、正統性はあるが実質的に望ましくない解釈か、正統性はないが実質的に望ましい解釈かという二者択一的図式が共有されてきた。ドイツやアメリカでは、この選択問題が先鋭化して、二つの陣営の間で激しい論争が戦わされてきた。それに対して、日本では、法解釈における立法者意思の権威を正面から否定することなく、実質的には社会状況・価値観への適合性を優先する妥協的な中庸の途が多く、法学者によって選ばれた。しかしながら、我々はいまや、この選択問題はじつは仮象問題であることを明確に認識して、二者択一的図式を廃棄するべきである。「立法者意思」の意味が、社会に対して法律を恵与した権威ある制定者の心的状態から、法律の形成に関与した多様な人々が残した有用な言明の源泉へと転換をとげたとき、この語は法解釈において真に意義ある語となるだろう。

- (1) 用語法について二点を述べておきたい。第一に、一九世紀の通説だった立法者意思説とヘック (Philipp Heck) やエルリッヒ (Eugen Ehrlich) の歴史的解釈とをあわせて「立法者意思説」と総称されることが多いが、両者間の無視できない相違に鑑みると、名称の上で区別する方が正確だろう。両者を呼び分ける例として、広中俊雄『民法綱要 第一巻 総論上』創文社、一九八九年、六〇―六一頁。第二に、通例は歴史的解釈に客観的解釈が対置されるが、「客観的解釈」という呼称にはやや疑問が残る。両学説間の中心的争点は、法律の制定時と適用時のいずれの意味内容を確定するべきかにあったからであり、またいわゆる客観的解釈に対して、これは解釈者の主観的判断を読み込むものだと批判がなされたからである。「客観的解釈」に代えて、ややこねない表現だが「現在の解釈」を用いる所以である。
- (2) 立法者意思に関する日独の学説状況の比較として、能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」星野英一古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 上』有斐閣、一九九六年、五〇―五四頁。
- (3) 富井政章『民法原論 第一巻 総論』復刻版、有斐閣、一九八五年(合冊初版一九二二年)、九二―九六頁。富井の法解釈方法論全般については、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一卷五・六号三九三頁(一九九一年)。
- (4) 例えば、星野英一「民法解釈論序説」『民法論集 第一巻』有斐閣、一九七〇年(初出一九六八年)、一一―一二頁。
- (5) 星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」『民法論集 第八巻』有斐閣、一九九六年(初出一九八八年)、一九七頁。
- (6) 広中・前掲注(1)六二―六三頁。
- (7) 石田穰「制定法の拘束力―民事法を中心として」ジュリスト五五〇号一八頁(一九七三年)一九―二二頁(以下、「制定法」として引用)。同「法解釈方法の基礎理論―法解釈方法論の再編成(1)」法学協会雑誌九二巻一号六五頁(一九七五年)七七―八七頁(以下、「法解釈」として引用)。
- (8) 田中成明『法理学講義』有斐閣、一九九四年、三二四―三一五頁。
- (9) 山本敬三「法的思考の構造と特質」『岩波講座 現代の法15 現代法学の思想と方法』岩波書店、一九九七年、二五二、二六六頁注(61)。
- (10) もっとも、哲学的に厳密に言えば、発話の意味と意図された何かとが完全に同一であるわけではないが、ここではその論点に立ち入らない。

- (11) 立法者意思の観念の精査を妨げてきた他の要因としては、我妻栄による伝統的法解釈方法論の確立に始まり法解釈論争を経て利益衡量(考量)論にいたるまで、法的構成から明確に区別された価値判断に関心の焦点があわされてきたことが挙げられよう。
- (12) 林田清明『《法と経済学》の法理論』北海道大学図書刊行会、一九九六年、二四一―二四四、二五三―二六八、二七三―二七七頁。
- (13) わが国で法案の大半を占める内閣提出法案の立法過程の簡要な概観として、岩井奉信「現代日本における政策過程論モデル」レヴァイアサン臨時増刊号一七〇頁(一九九二年)一七二―一八六頁。
- (14) 石田・前掲注(7)「制定法」二〇頁、同・前掲注(7)「法解釈」七七頁。
- (15) 実際、三でその一部を紹介する合理的選択理論の成果に照らせば、代理人説は維持しがたい民主制観である。宇佐美誠『公共的決定としての法―法実践の解釈の試み』木鐸社、一九九三年、一三三―一四九、一九三―一三二、一三三七頁。
- (16) 例外として、すぐ後に紹介する石田の見解の他、星野は両者の意思の考慮を区別して意義づけを行っている。星野・前掲注(5)二〇一―二〇二頁。
- (17) 石田・前掲注(7)「制定法」二〇頁。もっとも、彼は間もなく変説した。同・前掲注(7)「法解釈」七九、八七―八八頁注(6)。
- (18) かかる権力分立観の背後には、例えばフランスでは、旧体制下で高等法院が王権を牽制して次第に勢力を強めたことに発する司法府への不信の伝統がある。権力分立論の定礎者とされるモンテスキュー(Montesquieu)が『法の精神』六編三章で共和政における裁判官の役割を法文への服従としていることにも、この不信が看取される。
- (19) 石田・前掲注(7)「制定法」二〇頁。
- (20) この正当化はラズ(Joseph Raz)の通常正当化テーゼに依拠している。A. MARMOR, INTERPRETATION AND LEGAL THEORY 176-184 (1992). その紹介・検討として、長谷部恭男「制定法の解釈と立法者意思」『比較不能な価値の迷路―リベラル・デモクラシーの憲法理論』東京大学出版会、二〇〇〇年(初出一九九八年)、一二五―一三三頁。
- (21) なお、民法に関して立法者よりも起草者の方が優秀だったとする星野の評価は、起草者意思の考慮について優秀性からの議論が構成される可能性を示唆していて興味深い。かかる可能的議論は、受容仮説なしに起草者意思を法解釈の唯一の規準

または優先的規準として扱うことを正当化しようとするであろう。星野・前掲注(5)二〇一—二〇二頁。

- (22) 以下に掲げるリストが、立法者意思に関する諸見解が要請する立法者意思・起草者意思の属性を網羅していると標榜するつもりはない。実際、例えば規準説は本文に挙げる属性の他に、立法者意思が矛盾解決可能性を備えていることを要請する。すなわち、立法資料から読みとれる複数の信念が相互に矛盾すると考えられるとき、その矛盾を解決して諸信念を整合的な信念体系へと統合するような解釈が原理的に可能であることを要求する。

- (23) 政治的事象に関する合理的選択理論の国内外の入門書・概説書はいまや相当な数に上る。ごく最近の平易なものを挙げるならば、入門書として、K. SHEPSLE & M. BONCHER, *ANALYZING POLITICS: RATIONALITY, BEHAVIOR, AND INSTITUTIONS* (1997). 概観論文集として、D. MUELLER (ed.), *PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE: A HANDBOOK* (1997). 社会的選択理論については、かなり包括的な概観を行う機会があった。宇佐美誠『決定』東京大学出版会、近刊、二—五章。

- (24) いくつかの含意については考察を試みてきた。宇佐美・前掲注(15)の他、同「パンドラの箱——社会的選択理論の政治哲学的含意」レヴァイアサン臨時増刊号一四二頁(一九九二年)、同「司法審査と公共選択——立法裁量論の予備的検討」(一) — (二)・完」中京法学一八卷三・四号八六頁、二九卷一・三・四号三七頁(一九九四—一九九五年)、同「集合的決定に関する合理的選択論」日本政治学会報告論文(北海道大学、一九九六年)、「利益集団民主制下の公的規制」公法研究六〇号一九一頁(一九九八年)(以下、「公的規制」として引用)。

- (25) ここでは主要論文を挙げるにとどめた。Easterbrook, *Statutes' Domains*, 50 U. CH. L. REV. 533 (1983); Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 59 (1988).

判決・講演等への言及を含む批判的検討と代替的な立法者意思の扱ひ方の提案として、D. FARBER & P. FRICKEY, *LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION* 88-115 (1991); Farber & Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 VA. L. REV. 423 (1988). See also Eskridge & Ferejohn, *Politics, Interpretation, and the Rule of Law*, in *THE RULE OF LAW* 265 (I. Shapiro ed. 1994). 邦語の紹介としては、大沢秀介『アメリカの政治と憲法』芦書房、一九九二年、一三七—一四一頁、林田・前掲注(12)二五三—二五五頁。

- (26) Shepsle, *Congress Is a "They," Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 239 (1992).



- (27) See e.g. McNollgast (McCubbins, Noll, & Weingast), *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, 57 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 3 (1994).
- (28) フルライン・サプラインについて A. BRETON, *THE ECONOMIC THEORY OF REPRESENTATIVE GOVERNMENT* 42-43, 50-51 (1974).
- (29) 循環は一八世紀末にコンドルセ (Condorcet) によって発見された。
- (30) なお、件の仮想例は、党議拘束が弱い二大政党制に適合するように修正することができるが、わが国では党議拘束が強い一党優位制が続いてきたので、この仮想例はやはりわが国には適合しがたい。
- (31) 票取引に対して正反対の評価を与える一つの古典的研究として J. BUCHANAN & G. TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* 122-145 (1962) (宇田川璋仁監訳『公共選択の理論』東洋経済新報社、一九七九年、一四一―一七一頁); Riker & Brams, *The Paradox of Vote Trading*, 67 *AME. POL. SCI. REV.* 1235 (1973).
- (32) レント・シーキング研究の実質的な嚆矢として TULLOCK, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 5 *WESTERN ECON. J.* 224 (1967).
- (33) 宇佐美・前掲注(24)「公的規制」一九六―一九七頁。
- (34) Cf. J. RAMSEYER & F. ROSENBLUTH, *JAPAN'S POLITICAL MARKETPLACE* 129-131 (1993) (加藤寛監訳『日本政治の経済学』弘文堂、一九九五年、一二九―一三二頁)。
- (35) 古典的法令と今日の法令の区別や前者から後者への重心移動という近代法の動態的展開については、宇佐美誠「政策としての法」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界Ⅲ 法実践への提言』東京大学出版会、一九九九年、一四六、一六一―一六二頁。
- (36) 合理的無知については A. DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY* 239-245, 258, 298 (1957) (古田精司監訳『民主主義の経済理論』成文堂、一九八〇年、二四七―二五四、二六八、三〇八頁)。
- (37) この視座については、宇佐美・前掲注(35)。同・前掲注(24)「公的規制」一九九―二〇〇頁も参照。

※本稿の基礎となった研究の一部について、中京大学より平成七年度特定研究助成の補助金交付を受けた。