

法解釈における立法者意思の位置づけ

— 裁判所と学説の協働に向けた基盤整備の試み —

山下 慎一*

はじめに一動機と問題の所在

I. 裁判所による法解釈

II. 法解釈方法の分類：再訪

III. 立法者意思の再定位

おわりに—展開の見通しと本稿の限界

はじめに一動機と問題の所在

1. 裁判所と学説の協働

筆者の専攻する社会保障法学は、公的年金や医療保険、生活保護、児童福祉などといった社会保障に関する諸制度を、法（律）学の方法によって研究する学問領域である。しかし、これら社会保障に関する諸制度に対するアプローチはもちろん法学の方法に限られないのであるから、社会保障法学は、経済学、福祉学、政治学などの多様な学問領域と、一定の部分において競合関係にあり、それらの競合する学問領域と比した場合に、いかにして独自性

*福岡大学法学部准教授

と存在意義を発揮できるか、絶えず自問を迫られている。このことはそのまま、法学とは何であるか、それはどのような方法によって可能であるのかを問うことに繋がる。このように、社会保障法学を専攻する者として、法解釈方法論の検討は、筆者自身にとっては宿命に近い。

上記のような経緯もあり、社会保障法学は伝統的に、「生存権」（日本国憲法25条）を理論的基盤として、「権利論」を展開することを第一の目的としてきた¹。そこでの基本的な構図は、市民の社会保障の権利を広く認めようとしな／縮減しようとする「国」＝行政・司法と、闘って、権利を勝ち取ることを目指していたとも表現できる。本稿の主題に関わる裁判所と学説の関係で言えば、このような対決姿勢とも呼ぶべきものは、功を奏する場面もあった半面、裁判所と学説との断絶を生じた場面も決して少なくなかったように思われる。その後、ある時期において権利論のみを前面に押し出すことに対する批判や反省が登場して以降は、従前の権利論に対する反動からか、行政・司法へのアプローチをどのように定めるべきかの迷いがあるようにも見える。この迷いが、社会保障の事案において行政・立法に対する広範な「裁量」を認める判例法理の確立と相まって、裁判所に対するある種の諦めに繋がっているようにも感じられる。かつて見られた断絶であれ、現在漂いつつある諦めであれ、裁判所と学説の対話がうまくいっていない点では共通する。

翻って、他の法領域を見てみても、学説と裁判所が建設的な関係を築くことができている局面は、決して少なくないように思える²。解釈論にはも

¹ 社会保障法学における権利論の盛衰については、尾形健「権利のための理念と実践——小川政亮『権利としての社会保障』をめぐる覚書——」社会保障法研究1号（2011年）35-55頁。

² 例えば行政法（行政訴訟）の領域において、高木光「司法の現状分析——公法学の影響——行政訴訟」公法研究63号（2001年）97頁は、過去の日本公法学会における報告内容から、「一多少誇張して表現することが許されるとすれば——学説の多くは、判例のあり方に強い不満を持ってきたことが確認できる」と述べる。また、小特集「調査官解説と憲法学——憲法判例と憲法学説の対話に向けて」法律時報91巻5号（2019年）57頁以下、「続——」同9号96頁以下は、憲法学説と憲法判例の間に一定の乖離があることを前提として、調査官解説を切り口に、

ちろん多様な役割がありうるが、その第一の役割はやはり裁判の局面であるから、学説と裁判所の協働がもたらす価値は大きいはずである³。社会の多くの局面で、法（律）に対する、さらには「理屈」や「建て前」、「形式」といったものに対する敬意・尊重が失われつつある現状では、実務家・研究者を問わず、法（律）に携わる者すべてが協力して、その価値を社会に示していく必要があるのではないか。そしてそのことは、社会全体の幸福の向上にも繋がりうるのではないか。

以上の現状認識と問題関心に基づき、本稿では、裁判所と学説が協働してよりよい解釈論を築くための基盤を整備することを目的として、法解釈方法に関する序論的な検討を行う。

2. 各法分野の独自性と共通性

上記の目的に鑑み、本稿は、対象を社会保障法領域に限定せず、広く法学一般を念頭に置いた法解釈方法論の展開を目指す。しかしながらこれは、各法領域における法解釈の独自性を無視する趣旨では決してなく、その独自性を承認しつつ、なお共通するであろう部分に焦点を当てる試みである。ただし、それにもかかわらず本稿の議論には、社会保障領域の諸法を無意識のうち前提してしまっている点もあると思われる⁴。これらの点に関しては、

両者の生産的な対話を促進しようとする試みである。

³ 中川文久「おわりに—解題—」山本敬三＝中川編『法解釈の方法論——その諸相と展望』（有斐閣、2021年）420頁は、「学説と実務（とくに最高裁判決）の間の協働的環境の必要性」が同書所収の幅広い法分野に関する論致で共有されている旨指摘する。

⁴ この点が特に明らかなのが、「法の欠缺」に関してである。例えば民法学においては、比較的容易に法の欠缺を認めたくえで、法の欠缺に対する解釈方法を正面から取り上げていることが多いようであるが、本稿ではこれを独立した論点としては取り扱わない。この違いは、民法（私法）学の思考方法（ここでは日々新たに生起する取引をどうにかして法的観点から位置づけなければならない）と、筆者の専攻する社会保障法学の行政法（給付行政）的思考（法律の根拠が重要となる）との差異に起因するのかもしれない。

他の法領域から広く批判を請いたい。

裁判所と学説の協働のための基盤整備という目的を達するうえでは、裁判所の法解釈を内的に理解することが重要であり、その前提として、まず裁判所の置かれた立ち位置を「想像」し「共感」すること⁵が必須であると思われる。それに際して、本稿は、法哲学・法社会学的アプローチではなく、可能な限り実定法に依拠した議論を行う。ここには、筆者の能力・素養不足からくる制約が前提として存在するのであるが⁶、これに加えて、裁判所が判決を書くにあたって日常的に意識しているのは、法哲学・法社会学的洞察よりも、司法権としての現実の立ち位置（実定法上の位置づけ）であると考えられるためである。

なお本稿では、議論の前提となる法解釈観として、次のようなものに依拠する。すなわち、法文には唯一の意味しか存在しないとみるのは現実的ではなく、「法文にはいくつかの可能な意味が含まれており」、「解釈はそのうちの1つを選択し確定することである」⁷との法解釈観である。この点は、裁判所はもとより、研究者においても、現在広く受け入れられているものと思われる⁸。

さらに、検討対象を法の解釈（解釈の定義は後述する）に限定する。つまり、法解釈と密接に関係（あるいはその一部を構成）すると思われる「契約」

⁵ 平井宜雄「想像力と共感」と同『教壇と研究室の間』（有斐閣学術センター、2007年）213頁〔初出1982年〕は、「法律学が究極的には多くの人生を同時に生きることへの想像力と共感へと支えられている」と述べる。

⁶ 法哲学や法社会学の素養を欠く筆者が、それらの領域の研究（特に外国語文献）を引用・参照するならば、本稿の内容以前の点で批判を受けるはずで、それは避けたい。例えば来栖三郎によるケルゼンの読み方・引用に対してすら、批判がある（亀本洋「未来志向の法解釈」山本＝中川編・前掲注（3）4-7頁〔初出2018年〕）。

⁷ 南野森「『憲法』の概念—それを考えることの意味」長谷部恭男編『岩波講座 憲法6 憲法と時間』（岩波書店、2007年）37頁。

⁸ 南野・前掲注（7）37頁。

解釈・「合意」解釈⁹や「判例」解釈については、本稿では紙幅の都合から扱わない。また、裁判所と学説の協働作業の場として非常に重要な「判例評釈」の方法論についても、現時点の研究の進展状況に鑑み、本稿では扱えない。

3. 議論の切り口——「形式的判決」

裁判所と学説の協働作業を目指すうえで、両者の法解釈における性質の差異（それは両者の立場の違いを反映したものである）を、まず明確に認識する必要があると考えられる¹⁰。その差異を前提として、それぞれの法解釈の性質を理解したうえで、はじめて対話のための共通の基盤を形成する作業が可能になる。

このように、両者の解釈の差異に対する理解不足が、両者の対話の不全を生んでいるとすれば、その理解不足がどこから、どのように生じているかを分析することが必要になる。研究者＝学説側にいる筆者としては、論文の講読、学会・研究会報告、あるいは研究者との日常的やり取りを通じて得られる、学説による裁判所への理解不足を論ずることができる¹¹。

学説が裁判所（判決）を批判するときしばしば用いられるのが、「形式的判決」¹²との表現である。そこで本稿では、裁判所に向けられる形式的判

⁹ 例えば、河野俊行「国際私法解釈論に関する若干の考察——判例分析をとおして」山本＝中川編・前掲注（3）229頁以下〔初出2018年〕は、裁判所の行う合意（当事者意思）解釈の分析をつうじて、法解釈方法論にアプローチする。

¹⁰ 例えば、藤田宙靖『最高裁回想録——学者判事の七年半——』（有斐閣、2012年）135-161（特に152）頁参照。

¹¹ 同様の問題意識に基づくものとして、山下慎一「社会保障法と国際法規（特集 社会保障法の法源〔その4〕）」社会保障法研究9号（2019年）57頁以下。

¹² 例えば来栖三郎は、「法律家の個々の事件の法的判断についてしばしば見受けられる欠点」として「形式的な安易さ」を挙げる。その批判の中身は、「実質的な理由付けに欠いている」判決や、「不都合な結論に達してすう」判決、および論理構成において「こじつけ」さえする判決に向けられる（来栖三郎「法の解釈と法律家」同『来栖三郎著作集 I 法律家・法の解釈・財産法 財産法判例評釈（1）〔総則・物権〕』（信山社、2004年）79-81頁〔初出1954年〕）。

決という批判を切り口として、学説の裁判所への理解不足がいかにして生じるのかを分析したい。

ここで、学説のいう形式的判決とは、おそらく非常に多様な内実を持つのであるが、本稿ではこれを次のように定義する。すなわち、「ある事案の解決に際して、適用されるべき特定の法律条文の特定の文言について、それを別様に解釈すればより良い解決が導かれる（と研究者には思われる）にもかかわらず、それを文理に忠実に解釈し、それによって結論の妥当性が害されている（と研究者には感じられる）、または／それに加えて、裁判所がそのような解釈を取ることの理由付けが、ほとんどないし不十分にしか示されていない（と研究者には感じられる）判決」である。

上記の定義の中に研究者の視点（ひいては裁判所と研究者の観点の不整合）が入るのは、裁判所と研究者の評価の不一致こそが、当該判決に形式的判決との批判的な呼び名が付けられる原因になっているためである（もし両者の評価が一致していれば、単に文理解釈によって妥当な解決が導かれた判決と評されるはずで、殊更に「形式的判決」などと呼ばれることはない）。つまり上記の定義は、「裁判所が法律の文言を重視する法解釈を行ったことに起因して、裁判所と研究者との間に、判決の「結論」と「理由付け」の片方ないし双方について、評価のずれが生じたもの」と言い換えることができよう。

以上のように前提を定めたうえで、本稿は次のような順序で検討を行う。まずⅠでは、裁判所は、どのように法解釈をしているのかを検討し、研究者の言う「形式的判決」がどのような事情で生まれるのかを分析する。ここでは、形式的判決が生じる背景には、研究者にとっても理解可能な事情があることを示す。つづくⅡでは、一般的に紹介される法解釈の方法を、Ⅰの検討結果に基づいて整理し直す。そのうえで、Ⅲにおいて、いわゆる「立法者意思」について、裁判所と研究者が法解釈において共有できる土台とするため

に、その再定位を試みる。最後に、本稿の検討をまとめ、今後の見とおしを示す。

I. 裁判所による法解釈

1. 裁判所の解釈と学説の抵抗感

本稿の検討の出発点は、裁判所がどのように法解釈を実施しているのか、そしてそれが研究者による法解釈と、なぜ／いかなる点で異なっているのかを確認する作業である。

これまで幾度となく論じられているように、裁判所にとって自身の第一の役割は、法的紛争の妥当な解決を図ることであり¹³、体系論や法的論理構成、そして法解釈のあり方は、妥当な解決ほどの重要性を持つわけではない¹⁴。このことを法解釈との関係で、率直に記述すると、(A)「裁判官は、法理がまずあるのではなく、事実認定とそれを基にした最も適正な事案の解決は何かをまず直感的に（リーガルマインドにより）考え、次にそれを説明する法理や理論、解釈を採ることができるかを検証することにより裁判を行っている」¹⁵、ということになろう。

ただ、研究者にとっては、まず結論ありきであって法解釈や法的ロジックは後付けに過ぎない、と述べているようにも受け取れる上記の(A)の記述を、正面から認めることには抵抗があるかもしれない¹⁶。では、次のような記述ならばどうだろうか。すなわち、(B)裁判官は、法律に定められた「要

¹³ 一例として、司法研修所編『民事訴訟のプラクティスに関する研究』（法曹会、1989年）24頁、藤田・前掲注（10）136頁など。

¹⁴ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視点 その先に見ていた世界』（有斐閣、2019年）17-18頁。

¹⁵ 千葉・前掲注（14）18頁。

¹⁶ 例えば、渋谷秀樹「統治機構において司法権が果たすべき役割（9） 裁判所における違憲審査の基準」判例時報2459号（2020年）137頁。

件」を通じて、漠然とした事案のうちから、特定の事実（要件事実）をえぐり出し、その事実に基づいて、法律に定められた「効果」を付与する（あるいは付与しない）ことによって、事案に対して適切妥当な解決を導く¹⁷。この（B）の記述ならば、先ほどの（A）に抵抗を感じる研究者にも、違和感なく受け入れられるのではないか。

しかしながら、（A）と（B）の記述の間には、實際上、どの程度の差があるだろうか。本稿では先述のとおり、「法文にはいくつかの可能な意味が含まれており」、「解釈はそのうちの1つを選択し確定することである」¹⁸という前提に立つのであるが、そうすると実際には、上記の（A）と（B）の差異はほとんどない。その説明は次のとおりである。

ある特定の事案において、まず（B）のような方法をいわば「機械的に」実施し、そこでいったん得られた事案の解決が適切ではないと感じられる場合に、より適切妥当な解決を導くために、要件（を規定する文言）の解釈を操作することで、当初は拾い上げられなかった特定の事実を、改めて要件事実として拾い上げる（あるいは要件事実から除外する）、という操作は、裁判所のみならず研究者でも通常行う法解釈の方法であると思われる。そしてこの場合には、事案の適切妥当な解決とは何かという評価が、（2度目の）解釈に先行して存在しており、それが解釈を通じて、要件（事実）の範囲を遡って規定する（し直す）ことになる。ここでは結局、事案の解決の適切さへの評価が解釈に先だって行われ、解釈を規定している点で、（B）の方法は（A）と異ならない。

このような説明に対しては、（B）の記述はあくまで「法律」の存在を前提としているのに対して、（A）はそれを度外視している点で全く異なる、

¹⁷ 司法研修所編・前掲注（13）25頁参照。なおここで、裁判官による「事実の認定」も重要な問題だが、本稿では立ち入らない。

¹⁸ 南野・前掲注（7）37頁。

との反論も想定される。しかしそれも、次のとおり、あまり有効な反論ではない。すなわち、裁判所が、実定法上の条文を利用することによっては事案を適切に解決できないと考える場合¹⁹、しばしば裁判所は「条理」などの前実定法的な根拠によって、適切妥当な解決を導こうとする²⁰。この場合には、当然、要件事実などどこにも定められてはいないのであるから、裁判所は事案の特定の部分を自らの「良心」のみに基づいて重要なものとして選択し（位置づけ）、その事実から得られる適切妥当な解決とはなにかを考えているというほかない。そしてそのような判決は、しばしば研究者によって高く評価される²¹（これと対照的に、法律・条文の不在を理由として妥当な解決を「諦める」（と研究者に評価される）判決は、研究者から強く批判される（その際、まさに「形式的判決」という語が用いられるかもしれない）。つまり結局のところ、法律の規定があろうとなかろうと、結論の妥当性から遡って正当化の論理が建てられるという場面があることは否定できないのであり、その場面で、（A）のような記述は避けがたくリアリティを持つし²²、（B）との差異も相対的なものに過ぎない。

さらに、（A）の記述は「制定法の拘束力」を無視している、との批判²³も想定される（憲法76条3項：すべて裁判官は……この憲法及び法律にのみ拘

¹⁹ ここでは、使用すべき法規定が存在しないとされる場合（いわゆる「法の欠缺」のケース）も含んで考えている。

²⁰ 社会保障法領域で言えば、行政の担当者の誤った情報提供に対する損害賠償請求を認めた大阪高判平26・11・27判時2247号32頁がある。

²¹ 例えば、前掲注（20）の情報提供義務に関する裁判例について、研究者による批判的な見解を筆者は知らない。

²² 他方で、すべての法解釈の場面で（A）の方法がとられる、とする主張もまたリアリティを欠くかもしれない。この点については、「難事件」と「容易な事件」の区別という視点が参考になる（亀本・前掲注（6）10-11頁）。つまり、難事件では（A）が、容易な事件では（B）がとられる（ように見える〔が、私見では両者の差異は相対的である〕）。

²³ このような議論を紹介するものとして、山本敬三「日本における民法解釈方法論の変遷とその特質」山本＝中川編・前掲注（3）56-58頁〔初出2018年〕。

束される)。しかしながら、ここで問題にしているのは、その「制定法」の拘束力の範囲を明らかにするために当該制定法を解釈する場面なのだから、この批判は、そのまゝではあまり意味がない（解釈者が、制定法Xの拘束力の範囲を確定すべく、制定法Xの解釈を実施するに際して、当該解釈者は制定法Xに拘束される、というのはエッシャーのだまし絵「滝」のようなロジックである）。ただしここで、「そのまゝでは」という留保をつけるのは、制定法を尊重すべきとする上記の批判が真に意図していると思われる内容（「立法者による価値判断の拘束力」²⁴や「民主制」²⁵の重視）は、後述のとおり、本稿筆者の議論にとっても非常に重要であるし、現実には、裁判所の解釈のありようにも強く影響していると考えられるためである。

2. 「形式的判決」の生じる2つの背景

しかしながら、上記のように裁判所の解釈方法を捉えた場合、「形式的判決」をめぐる疑問が生じる。というのも、裁判所が上記（A）のような方法すら取り得ることを考慮すると、裁判所が法律の文言（要件）に、（言葉のそのままの意味において）「拘束される」ということはほぼ考え難く、むしろ裁判所には、紛争の適切妥当な解決という任務のために広範な「自由」ないし「裁量」²⁶が与えられているようにも見える。そうすると、裁判所は、これらの自由を存分に活用して、適切に任務を果たすだけでよく、そうすれば、形式的判決などと批判されるような判決はそもそも生まれえないのではないか。

しかしながら現実には、裁判所がそのような自由を最大限に活用して、思

²⁴ 山本・前掲注（23）58頁。

²⁵ 山本・前掲注（23）60頁。

²⁶ 裁判所に与えられたこの権限を何と呼ぶべきかは非常に悩ましい（そもそも「与えられた」「権限」と表現してよいかも不明である）。以下では、仮に「自由」の語を当てる。

う存分に、自らの良心のみに従って判決を書いているかということ、必ずしもそうではないように思われる。少なくないケースにおいて、むしろ裁判所は、法律の文言をその文理から離れることなく解釈し、その結果、決して最善とは思えないような、そして時には妥当性すら欠くと感じられるような解決を示すことがある。そしてこのとき、研究者は、当該判決を、社会実態を顧みない「形式的判決」と言って批判する。つまり、上記のような裁判所による解釈の在り方からすれば本来的には生み出されないはずの形式的判決が、現実には、いくつも生み出されているように見える。それはなぜなのか。

この疑問に対する1つの答え方は、形式的判決（と研究者が呼ぶもの）に対する、「結論が最善でなく妥当性すらも欠く」という評価が、裁判所と研究者との価値判断の相違に基づく、というものである。この中には、結論の妥当性に対する裁判所の感覚が「おかしい」（「ずれて」いる・「誤って」いる）、というケースもありうるし、反対に、研究者による評価の方が「おかしい」ケースもありうる。いずれにせよ、この場面においては、裁判所と研究者の価値観の相違が背景にあると言えるのであり、この場面における、両者の建設的な対話の在り方を示すのが、本稿の1つの目標であることになる。

しかしながら、形式的判決をめぐるすべてのケースを、裁判所と研究者の価値判断の相違で説明しようとする、裁判所の立ち位置に関する、重要な点を見逃してしまう恐れがある。というのは、裁判所は、ときに判決文の内外において、当該判決において自らが選んだ結論が苦渋の決断であったことを示すからである。例えば、在日韓国人の元日本兵による障害年金請求却下処分取消訴訟（大阪高判平11.10.15判例時報1718号30頁。いわゆる姜富中訴訟）において、大阪高裁は原告の請求（控訴）を棄却した同日、関係者に対し、判決とは別の、ある文書を配布した。いわく、「現行の法律体系の中で可能な限りの判断をしたつもりです。……しかし〔戦没者・戦傷病者等—引用注〕援護法に基づく給付を受ける権利が社会保障的な側面、その他多様

な性質を有している点を勘案すると、現段階において直ちに国籍条項及び戸籍条項を無効と判断して厚生大臣に給付を命じたり、国会の立法不作為を直ちに国家賠償法上の違法な行為であるとまで認めることは困難であり、その是正は第一義的には国会で行うべきものと考えます」²⁷。ここには裁判所の苦悩が鮮明に表れている。

このように、裁判所は、法律による拘束から「離れる」自由を有しているにもかかわらず、この自由を存分に享受するわけではなく、あえて法律の文理を離れず、その文理の許す範囲での解決——それが自らの良心に沿うとは言い難いにもかかわらず——に止めることがある。そしてそこには、裁判所自身の「苦悩」が垣間見えることすらある。

このことから考えると、法解釈の(拭い難い)「自由さ」を前提として、「適切妥当な事案の解決」こそが第一義であるとは言いながら、裁判所自身の考える解決(およびそこで用いられる法解釈の方法)は、何らかの「構造」に規定されているのではないか。そしてその構造の下で、裁判所自身も、それが自身の「良心」の求める最善の解決ではないと知りつつ、いわば自覚的に、「形式的判決」を書いていることがあるのではないか。これが、本稿が裁判所の法解釈を「想像する」に際して提示したいと考える、1つの仮説である。

それはなぜなのか。形式的判決を書いて苦悩するくらいなら、自らに与えられた、条文から離れる自由(上記(A)のような)を存分に活用して、良心のみに従って、適切妥当な解決を示せばよいではないか。もちろん研究者

²⁷ 同判決は、当該事案において憲法14条違反および自由権規約違反の疑いがあるとしつつも、結論としては原告の請求を棄却したのであるが、同事件の主任弁護士によると、「判決当日、大阪高裁が判決とは別に「本件に関する当裁判所の所見〔記述箇所によっては「所感」との表記もある—引用注〕」を配布した」という(小山千藤「社会権立法と国籍条項」芹田健太郎ほか編集代表『講座 国際人権法 1 国際人権法と憲法』(信山社、2006年)329頁。その現物は裁判所等にも保管されておらず、手を尽くしても入手できなかった)。小山弁護士はそこに、「わが国の現状の解釈論の中で苦渋する裁判官の姿」を見出す(同頁)。なお、この事件および「所見(所感)」に関しては、山下慎一・前掲注(11)109頁・脚注180も参照。

はこのように考える。しかしながら、そのような批判は、裁判所と研究者の立場の違いと、裁判所の置かれた「構造」を、十分に踏まえたものではない。そしてその構造とは、裁判所の属する司法権という権限のある種の異様さと、日々裁判所が直面する恐怖に関係すると本稿は考える。この点について、節を改めて検討したい。

3. 司法権としての裁判所

(1) 民主主義と違憲審査制

司法権は、最高裁および下級裁判所に属する（憲法76条1項）。そして裁判所は、憲法に特別の定めのある場合を除き、「一切の法律上の争訟を裁判」する権限を有する（裁判所法3条1項）。さらに最高裁は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する（憲法81条）。この権限が一般に違憲審査権と呼ばれる。

ところで、日本国憲法は、その前文（1項後段）において、「国民主権とそれに基づく代表民主制の原理を宣言し」ている。この代表民主制の原理は、「民主主義」原理と呼び替えてもよい²⁸。そして、裁判所が行使する上記の違憲審査権が、この民主主義原理と、根本において対抗する可能性がある²⁹ことは、憲法学をはじめとする諸分野の研究者において広く指摘されている。すなわち、「民主主義を多数決主義としてさしあたり理解すれば、そもそも

²⁸ 以上、芦部信喜『憲法』（岩波書店、新版補訂版、1999年）36-37頁。なお、宮沢俊義『日本国憲法』（有斐閣、改訂5版、1973年）68頁は、日本国憲法は「何より、民主主義をその指導原理とする」（傍点は原文ママ）と述べる。

²⁹ ただしもちろん、ここで「民主主義」概念をどのように定義するかという問題がある。つまり、「憲法が統治の基本原則とする「民主主義」概念自体のうちに、司法審査制度の存在を反映させ」という概念規定を採用すれば、民主主義と違憲審査制の対立はそもそも生じない（土井真一「司法審査の民主主義的正当性と「憲法」の観念—手続的司法審査理論の憲法的地平—」米沢広一ほか代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）122頁）。

そうした民主主義の下で、国民に対して直接政治責任を負わない司法権が国民の代表である議会の制定した法律を違憲とできる、司法審査制〔本文中の違憲審査権を指す。以下同じ引用注〕という制度は民主主義に反するのではないか³⁰という指摘である。換言すれば、「民主主義的正統性を欠く最高裁判所の憲法判断が、民主主義的正統性を有する国会の判断に優位とする点」³¹（傍点は引用者）に、問題が存在する。

（２）民主主義と裁判所の法解釈

しかしながら、これは違憲審査権に関してのみ生じる問題であろうか。本稿が前提とする解釈観に基づけば、そもそも裁判所が行使する司法権＝「一切の法律上の争訟を裁判」する権限、そしてそこに含まれる法解釈という営為そのものが、民主主義原理との潜在的な矛盾を孕むと考えられる。というのも、裁判所が「法文」の「いくつかの可能な意味」のうちから「選択」し「確定」した解釈が、立法府・民主主義過程において意図された文理と乖離する場面は、上記の解釈観をとる以上、避けがたく生じうるのであり、その場合には、民主主義過程が企図した法の効果が発揮されないこととなるからである。裁判所の選択した解釈と、条文の文理（と評価者が考えるもの）との距離が大きい場合には、裁判所が法を修正・創造した、さらには「捏造」³²したと評されることもある。これは、民主主義過程を経て構成される立法府への不当な介入であるとか、権力分立の枠内で裁判所に与えられた権限の逸

³⁰ 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）18頁。この指摘は直接はアメリカにおける議論の状況を紹介するためのものであるが、日本国憲法の定める統治機構のもとでも基本的に当てはまるもの考えられる。

³¹ 土井・前掲注（29）155頁。

³² 阿部泰隆「違憲審査・法解釈における立法者意思の探求方法——平成18年改正薬事法36条の5、6は省令に「対面」販売を授權しているか——」森島昭夫＝塩野宏編『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011年）74頁。

脱である、といった批判にもつながる。

このように、法解釈という営為が、唯一の意味を認識する作用ではなく、いくつかのあり得る意味のうちから選択をする作用であるとすれば、裁判所は日々、民主主義原理との緊張関係に、そして権力分立との関係における権限踰越との批判の恐怖に曝される。

もちろん、法の解釈は三権のうち司法権の権限に属し、裁判所こそが「有権解釈機関」である。いかに法文の文理から、そして民主主義過程において意図されていた意味から乖離していようと、それが解釈だ、と裁判所が言えば、その解釈が「当該法システムにおいて規範としての妥当性を独占する」³³ことになる。

このことは、一見すると、事案の妥当な解決という任務遂行にかかる裁判所の「自由」を広げる点において、裁判所にとって好ましい事実であるようにも思える。しかし、事はそう簡単ではない。上記の権限は、つまり、どれほどドラスティックな「解釈」であろうとも、法の改変ではなく創造でもない、あくまでこれは解釈だ、と裁判所が強弁できることを意味する。そしてそれを正すことのできる機関は、法的には存在しない³⁴。元最高裁判事の中村治朗は、「自己問責意外に責任を追及されることのない権力的地位ほど恐ろしいものはない」³⁵と述べた。裁判所に与えられた権限は、「かくも恐るべきもの」³⁶なのである。

（3）強さゆえの自制

上記のような「恐るべき」強大な権限を、裁判所は存分に活用するか。先

³³ 南野・前掲注（7）44頁。

³⁴ 南野・前掲注（7）44頁。

³⁵ 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970年）162頁）。これは憲法判断の「ディレンマ」の文脈で述べられたものだが、法解釈一般について妥当と思われる。

³⁶ 南野・前掲注（7）44頁。

にみたように、現実にはそうではない。そうではないからこそ、Iで挙げた姜富中訴訟のように、裁判所の苦悩が垣間見えるケースが生まれる。それはなぜか。逆説的だが、この権限がいかに強大で「恐るべきもの」であるかということ、裁判所自身が十分に自覚しているからこそ、解釈において慎重にならざるをえないのではないか。

つまり、裁判所は独走が可能である、ということを知っている。そしてその独走が、立法府や行政府との「抑制と均衡」を破壊し、権力分立を、ひいては自らの存立根拠を掘り崩すことになりかねないということもまた、裁判所は十分に知っている。だからこそ、解釈に際して慎重になり、その結果、時として、条文の文理を「過度に」尊重（見方によっては「固執」）し、その結果、解決の妥当性も（見方によっては）疑わしいような、「形式的」との批判を受ける判決が生まれるのではないか。

（４）「形式的判決」が生まれる

上記の検討を基にすると、裁判所の置かれた構造と、その構造のもとで裁判所が「形式的判決」と評されるような解釈を行う理由を、2つの観点から整理することが可能になる。

第1が、民主的正統性の欠如に対する自覚である。裁判所は、上記のとおり違憲審査権の行使いかんにかかわらず、法解釈に際して日常的に、民主主義過程で採用された解釈を排し、別の解釈を選ぶ「自由」を行使可能な状態にある。この状況は、裁判所が日常的に、民主主義と、自らに属する司法権との緊張関係に曝されているとも言い換えられる。そして、民主主義的な正統性に乏しい裁判所自身が、その権限を過度に行使することが、自らの存立基盤を掘り崩しかねないことも自覚している。だからこそ、ここぞという場面を除いては、裁判所は、まさに民主主義過程を経て成立した法律の規定(文言)を重視し、そこから離れることをしない＝形式的な解釈に留まるものと

考えられる。これは、上記1で言及した「制定法の拘束力」の、別の形における発現であるとも言えよう。

第2が、客観性³⁷である。解釈という作業には、多かれ少なかれ、可能な意味の幅の中から1つの意味を選択し決定する余地があり、そこには不可避的に主観的な価値判断という側面が伴う。そして、有権解釈機関として法解釈の任に当たる裁判所は、自身の解釈がいか「間違っ」いたとしても、それを誰かに、「有権的に」正してもらうことはできず、ましてやその「間違い」が裁判所の「主観的な」判断による選択ミスであると批判されることの恐怖は想像するに余りある。その意味で、裁判所の法解釈は孤独であり、寄り添ない作業である。その作業に際して裁判所が、誰の目にも「客観的に」存在する条文のテキストを頼みの綱として、そこから可能な限り離れないようにすることで、自身の解釈の（外形的な）客観性を可能な限り担保しようとしているという推測も、成り立つように思われる（ただ、念のため付言すると、本稿がここで言う「客観性」は、だれの目にも客観的な唯一の解釈、というような趣旨ではない（そもそもこのような解釈が存在しないことが本稿の前提である）。解釈の基盤となる資料としての条文（文言）が誰の目にも明らかであり、その結果、解釈者の主観の混入の危険性と程度が抑制される（と期待・推測される）うえ、文言を共通基盤とした批判的検証が可能である、という趣旨である）。現に、裁判官の立場からも、法解釈という作業の拭い難い「主観性」（価値判断の混入の不可避性）を自覚してなお（あるいは自覚するがゆえになおさら）、客観性への希求を示すものが見られる³⁸。

³⁷ なお、ここでいう「客観性」は、かつて法解釈方法論において存在した「主観説（主観的解釈論）／客観説（客観的解釈論）」の区別という「客観」性とは異なる用語法である（これら両説〔さらにその中間に位置する説〕の説明として、磯村哲「法解釈方法の諸問題」同編『現代法学講義』（有斐閣、1978年）90-95頁）。本稿では後述のとおり「主観性」という語も用いるが、これも本稿独自の用語法である。

(5) 小括—民主的正統性と客観性

以上の本章での検討は、次のようにまとめられる。裁判所は法解釈という作業において、法律の文言から離れる広範な「自由」をもつ——あるいはもたざるを得ない。しかしながら裁判所は、あらゆるケースにおいてその自由を活用しているとは言えず、むしろ法律の条文に忠実で、「形式的」と批判される判決を書くことも少なくない。そしてそこに裁判所の苦悩が垣間見えることすらある。これらの背景には、自らの置かれた構造、すなわち法解釈という作業が恐ろしく強大な権限を含み、民主主義原理と潜在的な緊張関係にあることを、裁判所自身が十分に自覚しているという事情がある。そのため裁判所は、時に「形式的」と批判されるような解釈に向かうのであり、その動機は具体的には「民主的正統性」と「客観性」の2点に整理できる。

そこで次章では、本稿の目標(裁判所と学説の対話に向けた共通基盤形成)に向けて、本章において抽出した民主的正統性と客観性の2点に基づいて、法解釈方法論を整理し直したい。そこでは、現状を確認するという性質の強い作業と、新しい提案をするという側面が前面に出る作業の、双方が実施される。

³⁸ 例えば、中村治朗は、憲法判断の文脈において、「自己の判断の客観化が窮極的には不可能であるとしても、なおかつ及ぶかぎりにおいてこれを追求する努力を重ねることのみが」、裁判官としての「責任を果たす唯一の道であるのかもしれない」(中村・前掲注(35)162頁)と述べている。また、元裁判官の伊藤滋夫は、「法律解釈には、その性質上、価値判断が必然的に入らざるを得ない」ことを前提として、なお、「客観性のある価値判断」が必要であると考えている(同「基礎法学への期待——民事法研究者の立場から——」伊藤編『法曹養成実務入門講座 別巻 基礎法学と実定法学の協働』(信山社、2005年)101頁、108頁)。

Ⅱ. 法解釈方法の分類：再訪

1. 定義と分類の多様性

ここで、民主的正統性と客観性の2点から法解釈の方法を整理し直すと言っても、どのような観点に基づいて法解釈の方法を論じるのかを決定しなければ、議論は混迷を避けられない。なぜなら、①そもそも諸種の解釈方法の定義自体が定まっていないうえ、②法解釈の方法として論じられるものの中には、レベルの異なるとされる議論が混在している場合があるからである。

①について、最も基本的な解釈方法とされる「文理解釈」の定義ですら、(a)「法文の、それ自体としての意味を考える」³⁹⁾方法とするもの、(b)「文法に従った解釈」とする（他方で「辞書的なし法学辞典の意味に従った解釈」のことを「文字解釈」と呼び、文理解釈とは区別する）⁴⁰⁾もの、(c)「法規範のことばと文章〔論者は両者を合わせて「法文」と呼んでいる—引用注〕に忠実な解釈方法」⁴¹⁾とするものなど、決して一様ではない。

また、②については、例えば「反対解釈」は、それが条文の文言に着目して行われるかぎり、文理解釈とも言える場合もあるはずであるが、両者を併置して紹介し、両者の関係を特段説明しないものもある。もちろん、この②の問題を意識して、何らかの視点で解釈方法を分類する論者も少なくないが⁴²⁾、その場合、分類の視点が様々である（例えば「解釈の視点」／「解釈の原理」／「解釈の技術」の3つの区別⁴³⁾や、「実質的な根拠、観点」／「技術的、形

³⁹⁾ 笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）5 - 6頁。

⁴⁰⁾ 金子宏ほか編集代表『法律学小辞典』（有斐閣、第4版補訂版、2008年）1134頁。

⁴¹⁾ 五十嵐清『法学入門』（日本評論社、第4版新装版、2017年）138頁。

⁴²⁾ 例えば、早川吉尚『法学入門』（有斐閣〔ストゥディア〕、2016年）71頁。

⁴³⁾ 大村敦志『新基本民法2 物権編 財産の帰属と変動の法』（有斐閣、第2版、2019年）184 - 186頁。

式的な観点」の分類⁴⁴など) うえ、似たような視点で分類された場合でも、それらの分類の内部に含まれる解釈方法が異なることもある。

さらにより困難な問題として、③「(法) 解釈」と「(法) 適用」の区別が論じられることもある。この点は、上記②に関連して(レベルの異なる解釈方法を整理するために) 論じられることもあれば、それとは別個の問題として論じられることもある。ただし他方で、解釈と適用をそれほど明確に区別することができるのか、という疑問もないわけではない⁴⁵。

2. 本稿の整理の観点——解釈の「根拠」

本稿としては、法解釈方法の整理に当たって笹倉秀夫の議論が有用であると感じる。ただし、笹倉の議論は、上記③のように法の解釈と適用を明確に区別することを前提としているが、本稿としてはこの点について未だ判断がつかないため、解釈と適用の区別という重要な論点をひとまず保留して、笹倉の議論の一部を借用しつつ、法解釈にかかる整理を行いたい。本稿のとる観点は、解釈の「根拠」である。この「根拠」の意図を具体的に例示すれば、次のような意味である。

ある法律条文において「AならばBする」という文言がある。これについて、「AでなければBしない」という反対解釈が実施されるときに、その根拠は、当該条文の文言(の意味ないし文法)、すなわち「文理」である。このような意味において、本稿は「根拠」という言葉を使う(つまり、解釈の根拠に着目する本稿では、反対解釈や縮小解釈などの解釈手法〔笹倉のいう「適用」場面で問題となるもの〕は、直接の検討対象からは外す)。

⁴⁴ 山下純次ほか『法解釈入門』(有斐閣、補訂版、2018年) 25-26頁〔島田聡一郎〕。

⁴⁵ 例えば、平岡久『行政法解釈の諸問題』(勁草書房、2007年) 3頁〔初出2004年〕は、解釈と適用(包摂)を「区別することができ、また、区別すべきものである」としつつ、両者が「ほとんど一体となって行われることも少なくないと思われる」と述べる。

このように、本稿の視点で解釈の「根拠」として用いられることがらは、笹倉のいう「解釈」の場面で「参照することがら」⁴⁶として列挙されたもの（文理、体系、立法者意思、歴史、「法律意思」の5つ）と大枠において重なるのであり、これが本稿の検討対象となる。

ただし、本稿の観点による分析の精度をより向上させるためには、笹倉の列挙するこれらの事柄を、さらに細かく分類する必要がある。例えば、笹倉のいう「体系（的解釈）」を取り上げると、そこで言う「体系」の意味として、①条数の機械的な連関（x条の文言がy条を引用しているようなケース）を指すものもあろうし、それを超えて、②当該条文を含む当該法律のシステム全体、あるいは個別の法律を超えた、関連する法システム全体を指しているものもあろう。このうち後者については、②（a）国会が想定した法システムが「体系」として想定されていると考えられる場合もあるだろうし、それから離れて、②（b）「本来この法の体系はこうであるはずだ／べきである」というような、論者の価値判断が入り込んだ「体系」が想定されていると考えられるケースもある（この構図は、「行政法学の解釈方法論の特色」⁴⁷とされる仕組み解釈⁴⁸にもある程度共通するのではないか）。そして、上記のうちの②（a）国会の想定した体系を導く際にも、何を資料として用いるか（例えば国会の議事録か、審議会等の会議録か、または「起草者」の見解か、さらにはそれらの混合か）という点で異同があるものと考えられる。つまりここでは、体系という語の中に多様な性質のものが含まれているところ、そ

⁴⁶ 笹倉によるとこれらは「法律に基づいて紛争（事件）を処理する際に「ある法文の意味を大枠において確定し事件の処理方向を定める作業に関わり、その際に参考にするものの一覧」である（笹倉・前掲注（39）5頁）。

⁴⁷ 原田大樹「行政法解釈と社会保障制度」社会保障法研究8号（2018年）45頁。

⁴⁸ 「条文の解釈に当たっては、単にその条文を文法どおりに解するだけでは不十分で」あり、「その法律の全体の仕組みを十分理解し、その仕組みの一部として当該条文を解釈」する方法である。この際、「ときには、関連の他の法律も考慮に入れる必要がある」という（塩野宏「行政法と条文」同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）41頁〔初出1992年〕）。

れを細かく分けることで、より正確な分析ができるものと考えられる。これに際しては、笹倉の整理では登場しない根拠についても、必要と考えられるものを適宜つけ加える。

以上のような観点で抽出された解釈の「根拠」を、笹倉のいう解釈手法との関連で示したのが、次表である（なお表中には、次節での検討の便宜上、それぞれの根拠が、前章で得られた「客観性」と「民主的正統性」の両方の要素を備えているか否かを○×で示している）。

解釈手法	出典	解釈の「根拠」	客	民
文理解釈	笹 p5	条文（文言）それ自体	○	○
体系的解釈	笹 p5	慣習法	×	×
	笹 p5	先例		本稿の 射程外
	笹 p5	条理	×	×
	本稿	体系のうち条文の機械的連関		「文理」 に同じ
	本稿	体系のうち立法者が明示したもの		「立法者」 に同じ
	本稿	体系のうち解釈者が体系だと考えるもの	×	×
立法者意思解釈	笹 p5	立法者が明示した目的・定義・体系・先例との関係等	?	○
歴史的解釈	笹 p5	歴史的背景などの客観的事実	△	×
法律意思解釈	笹 p6	（解釈者の考える）本来の目的	×	×
	笹 p6	解決が正義に適うか	×	×
	笹 p6	妥当な結果	×	×

	笹 p 6	一般化可能性	×	×
目的論的解釈	笹 p 7	（解釈者の考える）法律・制度が本来目指している目的	×	×
目的論的解釈	笹 p 7	政策論的に妥当な方向＝あるべき方法＝自分の目的	×	×

〔※本稿筆者作成。表中の「出典」は笹倉・前掲注（39）の頁数を指す。〕

このような解釈の諸「根拠」を、本稿の観点から分類するとどのようになるか。節を改めて検討する。

3. 根拠の2分類——「形式的」と「実質的」

本稿では、検討の切り口として「形式的解釈」の「形式性」がいかにして生じるかという問いから出発した。そのため、法解釈の根拠を2分類するにあたって、一方に「形式的」を配し、他方にそれと対置される意味での「実質的」を配する。このうち、「形式的」の中身が、前章の検討のとおり、民主的正統性と客観性によって構成される（形式的判決の分析から民主的正統性と客観性の両者を引き出した以上、両者を兼ね備えた要素のみが「形式的根拠」たりうる）という関係になる（なお、ここまでの記述でも明らかなおろ、ここで言う「形式的／実質的」の語は、本稿独自の用語法である。また、両者の区分も絶対的なものではなく、程度問題であり、連続的・相対的なものである）。

本稿の整理では、諸種の根拠のうち客観性と民主的正統性を併有する（しうる）ものはごくわずかである。

まず、条文（文言）は、誰の目にも明らかに、テキスト（文字の列）として確認可能な存在として、その意味で「客観的」に、存在している。そのうえ、文言の1つ1つが、民主主義過程（国会）において精査され、その結果、現在の形の文言として形成されている⁴⁹。つまり、条文の文言そのものは、

客観的であるとともに民主的正統性を有するのであり、本稿の定義する形式的根拠に該当する（もっとも、本稿が「形式的判決」を定義する段階で、「条文の文言から離れていない」との記述を含んでいたため、この部分は循環論的である）。法解釈手法にかかるほとんどの解説が、文理解釈を第一義的な手法としているところであるが、本稿の視点からは、文理解釈が最優先されるのは、文理解釈の根拠となる条文の文言が客観的であり、かつ民主的正統性を備えたものであるため、と説明することになる⁵⁰。

次に、本稿は立法者意思のうちの一部もまた、形式的根拠に該当する余地があると考えますが、そもそも立法者意思の語が多義的で、その範囲が明らかではない。この点は本稿の主題に関わるため、次章で取り上げる。

以上のように、諸種の解釈手法において根拠とされるもののうちで、明らかに形式的根拠に数えることができるのは、「条文（文言）」のみであることになる（この「文言」と、上記で留保を付した「立法者意思」を除く全ての根拠を、「実質的根拠」と呼ぶ）。

4. 「形式的判決」の生じるプロセス

この見方によると、「形式的判決」が生まれるプロセスを、以下のとおり、実質的根拠と形式的根拠の相関関係として把握することが可能である。

判決を書くにあたり、解釈の実質的根拠に含まれるところの「結論の妥当性」、あるいは正義に適うかを、適切妥当な解決を第一の目的とする裁判所が考慮しないはずはない。つまり「形式的判決」（と研究者が批判するもの）

⁴⁹ 同旨を述べて、法解釈において重視される事項を導くものとして、陶久利彦「法適用と価値判断」伊藤編・前掲注（38）6頁。ただし、陶久の議論は、ここから「ことばの歴史的意味」の重視に繋がる。これは立法者意思を参照した解釈に近いものと思われる。

⁵⁰ 例えば、占部裕典「租税法における文理解釈の意味と判例の状況」日税研論集78号（2020年）49頁は、「文理解釈は立法者意思の解明といえる」と述べており、文理解釈の正当性を民主的正統性によって基礎づける本稿の考え方と共通する部分があるように思われる。

であっても、結論の妥当性（正義公平）などの実質的根拠は裁判所によっては考慮されており、これを考慮してもなお、形式的根拠を重視した結論でよい（この事案では、結論の妥当性という実質的根拠に基づいて、客観性と民主的正統性を乗り越える必要はない）、と裁判所が価値判断をしたに過ぎない。つまりこれは、（結論の妥当性などを含む）実質的根拠よりも、形式的根拠の方が相対的に重視されたもの、と換言することができる。そしてその背景には、客観性と民主的正統性への希求から、裁判所にとっては形式的根拠の磁力が相対的に強く働き、他方で、研究者にとってはそのような事情がない（形式的根拠の磁力を受けないため、実質的根拠をある意味でフラットに評価できる）ため、そこに両者間で、形式的根拠の示す結論でよいかどうかという評価についての齟齬が生じる。その評価の齟齬こそが、形式的判決との批判に繋がるのだと考えられる。

他方で、条文の文理によって可能な解決が、結論として著しく妥当を欠いているという場合には、裁判所としても、文理という形式的根拠（つまりは客観性と民主的正統性への重視）を超えて、文理とは必ずしも一致しない解釈を行うことで、実質的根拠としての具体的妥当性（正義）を追求した判決を書くことがある。これは、裁判所が形式的根拠よりも相対的に実質的根拠を重視したものと整理できるのであり、このような判決が書かれるのは、構造上、裁判所にとっては形式的根拠の方が加重して評価されることを考えれば、よほどの事案に限られるということになる（もちろん形式的根拠の磁力を受けない学説にとっては、このような「良い」判決が書かれるのがよほどの事案に限られるのは、納得できないということになる）。

このように、構造上、裁判所の判決は、研究者によって批判されるものになりやすいと言える。

形式的判決と評される判決に対して、裁判所は自身の採用する解釈の積極的な理由付けを欠いている・不十分な理由付けしか示していないなどと評さ

れるのも、上記の構造によって説明できる。形式的根拠の方が相対的に優位であった（＝形式的根拠を乗り越えるほどの実質的根拠を裁判所が見いだせなかった）結果生じた「形式的判決」においては、裁判所にとっては、判決の根拠は条文（文理）のみであるから、積極的な根拠の示しようがない。あえて言えば、このような場合、裁判所としては敗訴側当事者の主張を1つ1つ打ち消していくことによって、自らの解釈を（消極的に）根拠づけるほかない。その結果、形式的判決は、根拠らしい根拠を示していない、あるいは根拠づけが貧弱であるなどといった批判を、研究者から受けることになる。

5. 「立法者意思」の可能性

上述のように、現状で明確に形式的要素と認められるのは条文（文言）であるが、立法者意思のうちの一部についてもまた、形式的根拠に数えることのできる可能性がある。

しかしながら、すでに述べたとおり、現時点で、そもそも何が「立法者意思」であるのか、どのような資料を用いてそれを確定可能なのか、という点についての共通認識自体が広く確立しているとは言い難い⁵¹。裁判所も、「立法者意思」という語を使用することは少なくないが、すべての判決が統一した「立法者意思」理解に基づいているとは考え難い。

それにもかかわらず、現に、立法者意思を法解釈における重要な要素と位置付ける判例も存在するうえ（最高裁レベルにおける一例として、不当労働行為救済命令取消請求にかかる最一小判平15・12・22民集57巻11号2335頁⁵²）、

⁵¹ 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論』（有斐閣、第6版、2015年）67頁、原田・前掲注（47）50頁。

⁵² いわく、「改革法は、国鉄の抜本的改革を目的として、昭和61年11月28日に成立し、同年12月4日に公布、施行されたものであるところ、同62年4月1日に国鉄改革を実施することとされ（同法5条）、極めて短期間のうちにその内容を実現して、役割を果たしたのであって、この経緯を考慮すれば、合理的な理由もなく立法者意思に反した法解釈をするのは避けるべきで

近時の学説においても、これを重視しようとするものが散見される⁵³。本稿としても、次のような理由から、立法者意思の定義を確立し、その範囲を適切に画することが、本稿の目的にとって非常に有益であると考ええる。

それは、第一に、形式的要素として、条文とともに、適切に定義された立法者意思を加えることによって、裁判所と学説が対等な立場で議論できるフィールドを一定程度拡充できると考えられるためである。ここでいう「対等」とは、客観性と民主的正統性を兼備するように適切に定義された立法者意思が裁判所の形式性への志向と一致すると考えられるため、これに関する学説の指摘は裁判所にとって受け入れられやすい（協働関係を築きやすい）ものになるのではないかと、いう趣旨である。そして第二に、この点と裏腹であるが、広く一般に言われる立法者意思の範囲を、形式的要素と実質的要素に厳密に切り分けることによって、後者に切り分けられた部分を含む解釈が、他の実質的要素を根拠とする解釈と同様に、基本的には裁判所の志向性と一致しない事実を明確化するためである。この点は同時に、それでもなお研究者の側が当該解釈の裁判所に対するインパクトを大きくするには、どのような点に注意を払えばいいか、というように、裁判所と学説の対話の糸口を開くことに繋がるのであり、本稿の目的にとって非常に重要である。

なお、本稿の言う形式的根拠の2つのうち「文言」に関する検討は、いわゆる文理解釈が法解釈の原則であるとの一般的な共通認識が存在すると思われるため、本稿の視点〔民主的正統性と客観性〕からその理由を説明するという側面が強かった。しかし他方で、次章で実施する形式的要素としての立

ある。これら大臣の答弁は法案説明のために便宜的に用いられたものにすぎないというような見解は、国会の審議を軽視し、国民の国会審議に対する信頼を損なうもので、到底容認できない」。

⁵³ 一例として、前田達明「法解釈への提言—民法学において—」同志社法学56巻6号（2005年）1551頁、高木光「行政法規の解釈における参照事項—放送法64条1項を素材とした—考察」法曹時報69巻6号（2017年）1579頁。

法者意思の検討は、一般的な共通認識も存在せず、裁判所がそれをどれだけ重視しているかも実証されていないという点で、「本稿にとってこれを形式的要素に含ませた方が目的達成のため有益である」という本稿筆者の主観＝価値判断に支えられており、(本稿の視点からの現状説明というよりは)実践的な提言という性格が極めて強い。つまり、本稿の言う形式的要素に関して、文言と立法者意思とで、議論の平仄が必ずしも一致していないという点を、予め断っておく⁵⁴。

それでは、以上の点に注意をしたうえで、形式的要素に属す(べきと考えられ)る「立法者意思の一部」とはどのように範囲を画される(べき)ものなのか。次章でこの点を詳細に検討したい。

Ⅲ. 立法者意思の再定位

1. 形式性を満たす「立法者意思」

本稿は、法解釈における「形式的」根拠として立法者意思を位置付けようとしており、そこでいう形式性は、客観性と民主的正統性の2点から成っていた。まず、立法者意思として扱われるべきものの範囲をいかに画すべきかに関して、2点のうちの民主的正統性から考えてみたい。

国の唯一の立法機関(憲法41条)である国会は、衆議院及び参議院の両議院で構成され(同42条)、両議院は全国民を代表する選挙された議員で組織される(同43条1項)。法律案は、特別な場合を除き、原則として両議院で可決した時に法律となる(憲法59条1項)。両議院の議決の場合、つまり本会議で示された「意思」が立法者意思を構成することは明らかであろう。それ

⁵⁴ ただもちろん、文言の検討についても、民主的正統性と客観性という2点の視点自体が、本稿筆者の価値判断に基づく議論の展開によって抽出されたものであるため、上記の差異は相対的なものともいえる。

では、本会議ではないが法律案の審議が行われる場、すなわち委員会についてはどう扱うべきか。

この点について、国会法では、各議院に委員会（常任・特別）が設置され（国会法40条・41条・45条）、すべての議員はいずれか1つの委員会に所属する（同42条2項）と規定されている。各議院において議案が発議・提出された場合には、当該議案は原則として、議長によって適当な委員会に付託され、委員会の審査を経たうえで本会議に付される（国会法56条2項）。さらに、委員会が、本会議に付する必要がないと決定した議案は、本会議に付されず（同56条3項）、当該決定から7日以内に一定数の議員の要求がない場合には、当該議案は廃案となる（同4項）。このように、国会法は、国会の審議過程における不可欠の役割を委員会に与えているため、委員会の意思も立法者意思と扱うことができる。

それでは、ときに立法者意思の文脈で言及されることのある「法律の起草者の意思」⁵⁵についてはどうか。この点について、本稿の観点からは、起草者が民主主義過程を経て選ばれた者ではない限り、起草者の意思は民主的正統性を有するものではないため、立法者意思に含まれない⁵⁶（ただしもちろん、起草者意思のうち国会で明示的に議論され承認されたものは立法者意思に含まれる）。同様に、各種審議会の意思や、法案の立案担当者の意思などに関しても、これらはいずれも国会の外部における議論に過ぎないため、民主的正統性を欠くもので、（当該審議会等の設置に法律上の根拠があった

⁵⁵ 例えば石田穰は、法解釈において立法者意思を重視すべきとする一貫した主張を行う1人である。石田は、一定の条件下では「立法者意思と同一の取扱いを受けてよいものが若干ある」と述べ、そのなかに「法律の起草者の意思」を挙げる（同『法解釈学の方法』（青林書院新社、1976年）18頁）。

⁵⁶ 石田は、民法を例に、起草者の意思が立法者意思と同一の取扱いを受けるケースとして、「法典調査会の民法議事速記録、起草者による教科書、旧民法に関するボアソナードの説明書など」を挙げる（石田・前掲注（55）20-21頁）。本稿の観点からは、これらは民主的正統性を欠くため、立法者意思には含みえない。

としても) 立法者意思には含まれえない。

ただし、国会における議論のうち、選挙によって選ばれた国会議員の発言のみが立法者意思となるわけではない。というのも、委員会において、行政に関する細目的・技術的事項について、必要があれば「政府参考人」の説明を聴く(衆議院規則45条の3/参議院規則42条の3。官僚が務める)とされているように、国会議員でない者による応答・説明が可能であるからである。まさにそのような質疑応答のプロセスを経て、扱われる法律案の特定の文言の中身が明らかになり、そのような中身のものとして法律案に対する採決が行われ、法律が成立する。つまり、国会議員以外の発言であっても、それが国会の内部の発言である限り、立法者意思を構成する。

2. 立法者意思確定のための資料・方法

このように、立法者意思の範囲が、国会(委員会を含む)の意思に限定されることと対応して、立法者意思を確定するために利用可能な資料の範囲についても、国会の議事録(本会議および委員会の議事録)のみということになる。

この点は、どのような意味での立法者意思を明らかにすべきか、という議論ともかかわる。立法者意思の中身について、①立法者が現実にどう考えたかを明らかにする方法(実証的立法者意思)と、②解釈者が立法者の立場にたって立法者意思を一貫したものとして「構成する」方法(構成的立法者意思)がありうる⁵⁷。本稿が提示する立法者意思は、客観性と民主的正統性(それらから成る形式性)によって基礎づけられるものである以上、①の実証的——実証のための素材は上記のとおり国会の議事録に限られる——立法者意思のみを指す。②では解釈者の主観(価値判断)混入の余地が大きく、民主

⁵⁷ 以上、大村敦志「テキスト論から見たフランス法研究」同『法源・解釈・民法学』(有斐閣、1995年)412頁〔初出1994年〕。

的正統性も欠くためである。

3. 想定される批判への応答

上記のように立法者意思の範囲と対象を制限することについては、(a) 「過度に形式的・厳格だ」との批判が想定される。また、(b) このような技巧的な議論が果たして現実的なのか、という批判も想定しうる。さらに、(c) この手法によっては、立法者意思が矛盾していたり、明らかにならない場面が多く存在するため、解釈の根拠としての有用性自体が疑われるかもしれない。ただ、本稿としては、それらに対して一定の応答が可能であると考えている。

まず(a)について、本稿は、立法者意思を法解釈における形式的要素として位置付けることを目指している。そのため、範囲の確定のされ方が「形式的」であるというのは、むしろ本稿の試みが成功したことの証となる。また、厳格であるというのも、本稿の言う形式性の2つの要素のうち「客観性」の要請である。もしこれを緩めてしまえば、解釈者の主観（価値判断）の広い混入を許すことになり、それは立法者意思という根拠への疑念に繋がる。

つぎに(b)について、本稿の議論と整合的に読める可能性のある最高裁判例も存在する。映画の著作物の保護期間をめぐる著作権法改正に関して、保護期間延長の範囲が争われた、いわゆるシェーン事件(最三小判平19・12・18民集61巻9号3460頁)がそれである。判旨⁵⁸は、「法案の提出準備作業の官庁担当者の見解が立法者意思を構成しないこと」⁵⁹を指摘したうえ、立法者

⁵⁸ いわく、「本件改正法の制定に当たり、〔上告人の主張するような—引用注〕立法者意思が、国会審議や附帯決議等によって明らかにされたということとはできず、法案の提出準備作業を担った文化庁の担当者において、映画の著作物の保護期間が延長される対象に昭和28年に公表された作品が含まれるものと想定していたというにすぎないのであるから、これをもって上告人らの主張するような立法者意思が明白であるとすることはできない」。

⁵⁹ 前田健「判例に見る知的財産法解釈方法論と政策形成」山本＝中川編・前掲注(3)211-212

意思と言えるためには「国会審議や附帯決議等によって明らかにされた」ことを要求していると読める。

最後に（c）については、確かに、国会（委員会含む）においてはある法案の特定の条文についてのみ議論が集中し、他の条文について十分な審議が尽くされないまま法律が成立することもあり、その場合、立法者意思は（条文の文言以上には）明らかにならない。しかしながら、本稿はそもそも、形式的要素（文言と立法者意思）のみによって法解釈が実施されるべきだと主張するものではないため、立法者意思がブランクになること自体に問題はない（むしろこのブランクを埋めるために、民主的正統性を欠く資料を「立法者意思」の名の下に形式的根拠に引き入れてしまうことの方が、本稿の考える「形式性」にとって致命的である）。本稿はそもそも、法解釈に用いられる根拠として、形式的根拠とともに、それと対置される実質的根拠の存在も認めているのだから、それらを用いて解釈をすればよいということになる。むしろ、そもそも立法者意思（あるいは民主主義過程そのもの）が、「実質的に」見れば数多くの問題を孕む⁶⁰。それを補正するために、法解釈において形式的要素のみならず実質的要素を考慮することは不可欠である。

実質に問題があるからといって立法者意思を無視することは、形式的には有効に選出された議員によって法律が成立した過程を無視することであり、法律学的前提そのものを揺るがしかねない⁶¹。裁判所の置かれた立ち位置を念頭に置けば、立法者意思の参照を通じて、民主主義過程を尊重するような解釈は、裁判所と学説の協働を促進するものと考えられる。

頁〔初出2018年〕。ただし前田は、「最高裁は、「立法者意思」を法解釈において考慮しなかった」との評価をとる（同212頁）。

⁶⁰ 例えば、宇佐美誠「立法者意思の再検討」中京法学34巻3・4号（2000年）269-302頁。

⁶¹ 平井宜雄は、言語哲学的視点に基づき、「認識論のレベルで」立法者意思説は退けられると述べる（平井「立法者意思説と法律意思説」同・前掲注（5）157頁〔初出1991年〕）。しかし果たして、言明一般と、（民主主義過程を経て成立し、強制力を付与された）法律を、同様に論じることが適切であろうか。

おわりに——展開の見通しと本稿の限界

1. 議論のまとめと確認

以上、本稿では裁判所と学説の対話のための序論的検討として、両者の共通基盤形成を目的とした議論を行ってきた。すなわち、裁判所の統治機構における位置づけに鑑みれば、裁判所は「民主的正統性」と「客観性」への志向性を有するのであり、そこに「形式的判決」と研究者が呼ぶような判決が生じやすい構造が存在する。この「民主的正統性」と「客観性」に着目して、法解釈における根拠を整理した場合、両者を併有する形式的根拠となる可能性があるのは文理および立法者意思のみであり、それ以外の要素はすべて実質的根拠と整理できる。この視点によれば、「形式的判決」というものは、裁判所にとって、形式的根拠が実質的根拠よりも優位したものと説明できる。そのうえで、立法者意思を形式的根拠にふさわしい形で適切に定義することによって、裁判所と学説の協働のための共通基盤が形成されうる。

これまで検討してきた本稿の試みに対しては、形式的根拠（文言、立法者意思）だけでは法解釈の手法が過度に制約されるため問題がある、という批判も想定される。しかしながら、次の2点から、本稿としてはこの批判には応答可能であると考ええる。

第1に、本稿はあくまで、解釈の形式的「根拠」を、文理と立法者意思の2つのみと主張するものである。つまり、解釈の「手法」（笹倉の整理に従えば適用の手法）を制限する趣旨ではない。I およびII で述べたとおり、文理と立法者意思のみを根拠とする限りで、反対解釈・縮小解釈・拡張解釈・勿論解釈などの解釈手法が、形式的根拠に基づく解釈（適用）手法として利用可能である。

第2に、本稿としても、法解釈は形式的根拠のみに基づくべきであると主張するつもりは一切なく、実質的根拠ももちろん動員可能である——むしろ

不可欠である——という前提に立っている（下記2.(2)参照。ただ学説が裁判所と協働する上では、裁判所の解釈における形式的根拠の優位性を理解すべきである、と主張しているに過ぎない）。

それでは、本稿の提示した共通基盤のもとにおいて、いかなる態様で学説と裁判所の協働が可能なのか。紙幅の限りで、現時点における展開の見通しを素描したい。

2. 展開の見通し

(1) 形式的根拠（立法者意思）に基づく議論：対等な議論の場

形式的根拠に基づく議論は、裁判所の志向に合致するため、学説の提案が裁判所にとって受け入れられやすく、両者の対等な議論の場となることが期待できる。そこにおける具体的な協働のあり方としては、次のようなものが想定される。

本稿の定義する立法者意思は、本稿の定義する形式的根拠に含まれ、それは（民主的正統性ととも）「客観性」により構成されていた。しかしここでいう客観性は、既述のとおり、実質的根拠よりは高い客観性を認めてよいという程度の、相対的なものに過ぎない。立法者意思の確定のための資料を国会の議事録に限定するとしても、ある一時点においてなされていた発言が後日撤回されることもあるし、明示的に撤回はされていないにもかかわらず、全体の議論動向を見るとどうやら無かったことにされているようであることもある。たとえ資料を国会の議事録に限ったとしても、それらの経緯を見落とすことなく追うこと自体が、まず、決して簡単な作業ではない。

さらに、経緯自体は追うことができたとしても、議事録に現れる発言には時に矛盾する箇所があるし、1つの論点について必ずしも結論が出されないまま次の論点に移ることによって議論が十分に収束してないことも多い。質疑応答において議論が噛み合っていないことも（あるいは意図的に論点がずら

されることすら）ままある。このように考えると、国会会議録そのものは、テキストとして客観的に存在しているとはいっても、そのテキストから、問題となる条文の文言についていかなる立法者意思ないし解釈を引き出すかということは決して機械的にできる作業ではない。そこには少なからず、解釈者の価値判断によって複数の可能な立法者意思のうちから一つを選び出すと言う側面が伴う（まさに本稿の主題となる法解釈と同様である）。ただし、少なくとも議事録のテキストそのものは客観的に存在しているので、議論の土台自体はぶれることはない。

このように、立法者意思の客観性というものは、テキストが客観的に存在していることによって、解釈者の解釈に対する価値判断の混入の程度が読者によってチェック可能であるという限りのものに過ぎないし、他方で、その限度においては十分に意味がある。事案に対する解決を「できるだけ速やかに」示さなければならない裁判所と比べて、研究者には「いわば無限の時が与えられている」⁶²。研究者が、時間をかけて国会議事録を精読することをつうじて、立法者意思の精緻な検討を実施し、裁判所に提示することは、裁判所と研究者の1つの協働のあり方である。

（2）実質的根拠に基づく議論：守られるべき作法の提示

実質的根拠（結論の妥当性、「正義」など）に基づく解釈論は、論者の主観（価値判断）混入の余地が大きく、民主的正統性も欠くことから、裁判所の志向性と一致せず、学説による提案は裁判所にとって受け入れにくい。まずこの点を確認したうえで、次のような方法によれば、両者の協働が可能となる。

第一に、学説が、自説の主観性を意識したうえで、可能な限り客観性を追

⁶² 藤田・前掲注（10）136頁。

求した議論を立てることである。例えば、立場を異にする多数の研究者が連名で、立場が違えど学界の共通認識としてここまでは言える、という議論を提示することは、主観性を薄めることで裁判所に受け入れやすくする1つの方法かもしれない。また、自説を様々なデータ（もちろんこの設定や選択に主観が入ることを自覚したうえで）を用いて実証する方法も重要となろう。

第二に、民主的正統性の補完という視点である。本稿の厳格な定義づけでは、おそらく多くの場合には立法者意思が明らかにならない。その場合に、立法者意思そのものではないが、それに類するものを（あくまで実質的根拠としてではあるが）提示することは可能であろう。さらに別の視点として、民主制で取りこぼされた少数者の声やその苦難を学説が提示するという方法も、十分にアピールを持つのではないか。

3. 本稿の限界

本稿には、引用文献に対する理解不足、重要文献の渉獵不足などを措いたとしても、数多くの限界がある。ひとつに、本稿による裁判所の法解釈の方法の描写は、単なる想像の産物ではないのか。もしこの部分が、筆者による誤った思い込みに過ぎないとすれば、そこから民主的正統性と客観性を導くことも誤りということになり、本稿の中心的な分析視点が成り立たない。

いまひとつに、そして筆者にとっては最も重要な問題として、本稿が強く依拠してきた「民主的正統性」という概念は、果たして依拠するに適切だったのか。興津征雄⁶³は、ドイツの議論状況を参照しつつ、民主的正統性の議論（ないしそれが属するところの意思説）が、その正統性の淵源を、国籍または選挙権を有する集団として構成するため、これに含まれない者（外国人・

⁶³ 以下につき、興津征雄「正統性の構造分析——行政国家の正統性を手がかりに（上）」・「同（下）」法律時報93巻1号（2021年）105-110頁・同2号115頁-119頁。この興津の議論は、直接は「行政国家」に関するものであるが、民主的正統性概念そのものに対する問題提起を含む。

未成年者等）に対する正統性を説明できない点などをあげ、この概念自体に対する疑問を呈している。このように民主的正統性概念（あるいは民主制そのものの理解）への反省が迫られているとすると、法律（解釈）の（本稿の言うところの）形式的根拠をどのように捉えるのかという問題もまた、問い直されなければならないことになる（あるいはその問い直しは、法律（解釈）の根拠を、本稿の言うところの実質的根拠のみで説明する可能性すら示唆するかもしれない）。

以上のような多くの問題を有する本稿が、たとえ裁判所と研究者の共通敵としての役回りであれ、議論を喚起し、その協働を進めるための足掛かりとなることを強く願う。

【謝辞】 本研究は、JSPS 科研費（基盤研究(C)：20K01340）による研究成果の一部である。