

法解釈における「立法者意思」と立法資料——ドイツ法の現状分析と日独比較
“Legislative Intent” and Legislative History in Legal Interpretation
– A Comparative Analysis of German and Japanese Law

北村幸也
Yukiya KITAMURA

京都工芸繊維大学 基盤科学系
Faculty of Arts and Sciences,
Kyoto Institute of Technology

E-mail : kitamura@kit.ac.jp

(2022年6月24日原稿受理 2022年10月20日採用決定)

サマリー

本論文は、法律の解釈における「立法者意思」と立法資料の意義について、ドイツの近年の学説を素材に考察するものである。まず、「立法者意思」の理論的な位置づけ（法的なフィクションか集団的意図か）をめぐる議論を概観したうえで、次に、実際の法解釈実務において「立法者意思」を特定するための手がかりとして参照される立法資料の選別と使用方法に関する見解を分析する。その結果を踏まえて、本論文は、「立法者意思」と立法資料に関するドイツの方法論学説の発展の背景ではドイツの立法過程の実情が重要な役割を果たしていること、また、この背景事情が日本と大きく異なることを明らかにするとともに、それでもなお方法論の精緻化・類型化という観点ではドイツの学説の知見が日本にも一定の示唆をもたらすことを主張する。このように、外国の方法論学説を参照する法解釈方法論研究においても、比較法的な視座から日本との構造的な差異を慎重に見極める必要があることを最後に強調する。

キーワード

立法者意思 立法資料 法解釈方法論 ドイツ法 比較法

1. はじめに¹⁾

(1) 本稿の趣旨

近年のドイツの法学説では、日本でいう「立法者意思説」の再検討が進んでいる。法律に拘束される裁判官にとっては法律解釈における「立法者意思」の尊重が重要であることを強調するようになった連邦憲法裁判所の判例も背景としつつ²⁾、法律解釈の目標は何であるべきか（「立法者意思」か「法律意思」か）、またそもそも「立法者意思」とは何か、といった古典的な論点の再考に加えて、実際の裁判における各種の立法資料の使い方に対して方法論的指針を与えようとする学説上の試みも現れるなど、現代の立法過程と裁判の実情を考慮に入れた実務的な研究も進展しているところである。

それに対して日本では、近年、立法実務の活発化と立法に関する法学研究の進展とによって立法に対する関心が大きく高まったのは周知のとおりであるが、立法のあり方（の変化）が法律の解釈に及ぼす影響については必ずしも研究が十分でないように見えるし³⁾、また法解釈方法論の領域においても立法の捉え方を再考しようとする傾向はあまり強くないように思われる⁴⁾。しかし、一方で立法の質は最終的にそれが適用される裁判過程における解釈の質にも依存するはずであり、また他方で実定法解釈のあり方は解釈の対象である実定法秩序それ自体の性質を反映するものでもあると考えられるとすれば——要するに立法と解釈は相互に影響を及ぼしあう関係にあるとすれば——、制定後の法律の解釈を意識しながら、つまり法解釈方法論の視座から、立法のあり方について改めて考えることにも一定の意義があるのではなかろうか。

以上のような認識に基づき、本稿では、ドイツの法解釈方法論における「立法者意思」をめぐる諸問題、とりわけ「立法者意思」を特定する際に使用される各種の立法資料の位置づけや選別等にかかわる実務的な次元の問題に焦点を当てて、最新のドイツの研究動向を紹介・検討する。

本稿の意図するところは、大きく次の三点にまとめられる。第一に、まずドイツの方法論学説の現状の一端を提示する（→2～4）。法解釈における「立法者意思」といういかにも古典的な問題について、ドイツで従来の議論から新たにどのような変化・進展があったのかを明らかにし、最近の日本では参照されることが少なくなったドイツ系の法解釈方法論の実情に対する一般的な認識を更新することを目指す⁵⁾。第二に、ドイツの最新の議論状況から、日本の法解釈方法論に対してどのような示唆が得られるのか（あるいは得られないのか）を検討する（→5（1）（2））。もちろん、ドイツの学説が日本でもそのままの形で通用するはずはないが、日本の法解釈方法論のあり方を考える際の手がかりや参照軸を提供することは不可能ではなかろう。そして第三に、ドイツ法に限らず、外国の方法論学説を参照すること（法解釈方法論の比較法研究）の意義や限界等についても若干の考察を加えて、これからの方法論研究の展望を示せるように試みたい（→5（3））。

(2) 検討の素材

本稿が検討の素材とするのは、具体的には、ドイツにおいて2010年代後半に相次いで公表された、法律の解釈における「立法者意思」と立法資料の意義を考察対象とする、後述の三名の論者の研究である。

もっとも、すでにそれ以前から、同種の研究の活発化が観察されていたところであり、2013年には、次の二つの論文集（いずれもシンポジウムの成果をまとめたもの）が立て続けに公刊されている。すなわち、ホルガー・フライシャー編『「立法資料」のミステリー——過去、現在そして未来における立法理由の意義と形態』⁶⁾、および、クリスティアン・バルドゥスほか編『「立法者」と法適用——規範の成立と解釈可能性』⁷⁾、がそれである。

そしてその後、まず 2015 年に、トーマス・ヴィッシュマイアー (Thomas Wischmeyer) が、『憲法国家の法における目的——ある法的思考形象の歴史と理論』⁸⁾と題する浩瀚な博士論文の題材の一つとして「立法者意思」の理論的再構成について論じ(後述)、また同年、その成果を「「立法者意思」——法適用における立法資料の役割について」⁹⁾と題する雑誌論文にて具体化してみせた。続いて、2017年には、ティノー・フリーリング (Tino Frieling) が、『立法資料と立法者意思——拘束力ある意思表示の事例群』¹⁰⁾と題する博士論文を公刊し、さらに議論を深化させた。そして最後に、すでに 2015 年に共著論文「合理的実践としての発生論的論証——発生論的論拠の満足基準としての再構成目標「立法者意思」への理論的アプローチ」¹¹⁾を公表していたマークス・ゼール (Markus Sehl) が、それを大幅に拡張した博士論文である『立法者は何を意思する?——立法資料を用いた合理的論証の目標と方法』¹²⁾を 2019 年に公刊した。

もちろん、関連する同時期の文献は上記に尽きないが、以下、本稿では、重要なモノグラフィーの著者である上記の三名の論者——ヴィッシュマイアー、フリーリング、ゼール——の見解を素材として、最近のドイツの法解釈方法論学説における議論の展開を追跡してみることしたい。

(3) 問題の所在

さて、周知のように、法律解釈における目標または論拠としての「立法者意思」、あるいは立法資料の使用については、伝統的にさまざまな批判があり、またそれに対する再反論も展開されてきた¹³⁾。では、本稿で取り上げる論者たちにおいて、その中で特に何が重要な批判として意識され、論じられているのであろうか。それは、大きく次の二点にまとめられる。

一つは、そもそも「立法者意思」とは何か、という理論的な問題である。これも周知のとおり、「立法者意思」論に対しては、古くから次のような批判がある。すなわち、多数人の関与する現代議会制の立法過程において、「立法者意思」を語ることは不可能なのではないか。「意思」の主体となるのは個人のみであり、集団である「立法者」がそれ自体として(個人と同様の精神的・心理的な意味の)「意思」をもつことはありえないのではないかと。このような批判のことをドイツでは伝統的に「意思論拠 [Willensargument]」というが¹⁴⁾、これにどう応答するかがまず問題となる。

もう一つは、立法資料の使用方法に関する、実務的な問題である。すなわち、法律の解釈において立法資料を参照することについては、次のような批判がある。まず、各種の立法資料には矛盾・対立する記述が含まれていることがしばしばあるが、それでは法解釈の根拠として確実性に欠けるのではないかと、また、そのような立法資料を恣意的に選別・評価することによって、法解釈者は、任意の法解釈について、その根拠となる記述を立法資料の中に自由に見出してしまうのではないかと、という批判である。また、立法資料の信用性に関して、資料が作成される際に、少数意見がまるで多数意見であったかのように偽装され、法適用者がそれを誤認する危険もあるのではないかと、という批判もある。しかしながら、ドイツの裁判実務上、そして学説上も、そのような問題があるから立法資料は参照すべきでないと考えられているかといえば、決してそうではない¹⁵⁾。むしろ逆に、ドイツの裁判実務では立法資料がしばしば無秩序に、恣意的に、方法論的な反省なく、ときに重要な論拠として使用されていると認識されており、そのような実情があるからこそ、本稿で取り上げる論者たちは、ほぼ共通して、さまざまな立法資料の中から具体的にどれをどのようにして使えばよいのか、いいかえれば、立法資料に基づく論証をどのように合理化・精緻化していくべきか、という実務的な問題にも大きな関心を向けているのである¹⁶⁾。

そこで以下本稿では、まず、第一の理論的な問題に関する議論を簡単に紹介したうえで、それと関連づけながらも、むしろ第二の実務的な問題に重点を置いて分析していくことにしよう。

2. 「立法者意思」の理論的な位置づけ

そもそも「立法者意思」とは何か。法解釈における「立法者意思」なる観念は、どのように理解されるべきなのか。このような理論的な問題に関するドイツの法学説上の議論を概観するならば、以下のように整理することができよう。

(1) 従来の学説

まず、「立法者意思」を、集団としての立法者がもつ精神的・心理的意思と捉える見方に対しては、前述した「意思論拠」による批判があり、このような見方は支持を失った。そのうえで、どのように考えるべきかといえば、およそ「立法者意思」なるものを法解釈における論拠として使用すべきでないという少数説の立場を除くと、従来の議論では大別して二つの考え方があった。

一つは、フィリップ・ヘック (*Philipp Heck*) による利益法学 (*Interessenjurisprudenz*) の考え方である。それによると、ごく大雑把に言えば、法解釈においては、立法に対して因果的な「利益」の歴史的探究、要するに「歴史的解釈」が重要である。すなわち、利益法学では、狭義の立法過程それ自体、あるいは立法過程に関与する者が抱いた観念それ自体というよりも、むしろさらにその背景へと遡り、立法の原因・契機となった社会的な諸利益の状況を歴史的に探究することが重要視される。その際、「立法者意思」は、心理的な概念ではなく、そうした諸利益を総括的に指示する規範的概念、利益概念へと転化することになる¹⁷⁾。その結果、「立法者」という存在はこのような利益探究におけるいわば通過点にすぎないことになり¹⁸⁾、そして立法資料も、この歴史的利益探究のための手がかりとして、いわば「史料」として位置づけられることになるといえよう¹⁹⁾。

ここまでは、日本の従来の研究でもすでに扱われており、既知のことと思われる。しかしながら、本稿で取り上げる論者たちは、こうした利益法学の方法を採用していない²⁰⁾。「立法者意思」論と「歴史的解釈」の関係については、本稿の最後に改めて簡単に言及する (→5 (2))。

さて、もう一つの考え方は、「立法者意思」はフィクション (あるいはメタファー) にすぎないと正面から認めてしまうものである。戦後ドイツの方法論学説では、法解釈において「立法者意思」を尊重することが重要である (あるいは「立法者意思」を明らかにすることこそが法解釈の目標である) とする「主観説」(日本でいう「立法者意思説」) の立場は、戦後初期には少数説であったが、その後、次第に支持者を増やし、20世紀の終わりから21世紀初頭にかけて、かなり有力な立場となった²¹⁾。その背景には、権力分立論や民主制理論などの憲法的な観点があるとみることができるが²²⁾、特にそのような観点から主観説の側に与する論者においては、「立法者意思」とは法的な「フィクション」であるとする見解が比較的に多くみられる²³⁾。本稿で取り上げる三人の論者の中でも、フリーリングは、この見解を採用している。それによれば、たしかに集団が心理的な意味の意思の主体となることはありえず、それゆえ「立法者意思」を実在する現象として把握することはできないが、しかし「立法者意思」は憲法論的に、特に民主制理論的に重要なフィクションとして必要なものなのであり、法解釈においては、立法者が「意思」の主体である《かのように》法的に擬制すべきである、という。つまり、「立法者意思」というときの「意思」とは、(上述の利益法学とはまた異なる)「規範的意思概念」なのであり、またここで「立法者」といっても議員の集団 (全議員の総和) ではなく「立法権」あるいは立法機能の「擬人化」として把握されるのであって、そのような意味における「立法者意思」は、法的な評価として「立法者」に「帰属 [zurechnen]」されるものだ、というのである²⁴⁾。

フリーリングは、以前からみられたこのような理論構成をさらに精緻化し、法的評価としての「立法者意思」の内実をより詳しく考察しているのであるが、それについては後述する (→4)。

(2) 新たな学説——「立法者意思」の理論的な捉え直し

それに対して、ヴィッシュマイアーとゼールは、フリーリングとは異なり、従来の議論を根本的に批判する。その批判の矛先は、特に、〈フィクションとしての「立法者意思」〉という理論構成に向けられている。というのも、単に「立法者意思」は法的なフィクションであると説明するだけでは、具体的な「立法者意思」の存否・内容の認定基準や、使用すべき立法資料の範囲・種類、立法資料の使用に関する規則などについて、何も具体的な指針が得られないのではないか、という疑問が生じるからである²⁵⁾。そこで両者はともに、社会哲学の領域における「集団的志向性 [collective intentionality; kollektive Intentionalität]」論に手がかりを求め、単なるフィクション以上のものとして「立法者意思」を語る事が——ただし〈集団としての「立法者」それ自体が、個人と同様に精神的・心理的意味の意思をもつ〉というすでに否定された素朴な観念とは別の形で——理論的に可能であり、またそうして初めて立法資料を用いた論証の合理化が可能になる、と主張するのである²⁶⁾。

ただ、その両者においても、議論の方向性は異なっており、同じ見解として一つにまとめることは必ずしも相当でない。以下、両者の見解のポイントをごく大づかみに要約してみたい。

まず、ヴィッシュマイアーの見解からみていこう。ヴィッシュマイアーは、「集団的志向性」論の中でも、特に政治経済学者クリスチャン・リストと政治哲学者フィリップ・ペティットの見解に依拠して²⁷⁾、集団としての「立法者」にも（修正された）「意思」概念を適用できると主張する。ヴィッシュマイアーが議論の出発点とするのは、〈どのような条件のもとであれば、集団の決定を、集団の構成員たる個人にではなく、集団それ自体に（集団の意図的行為として）帰属させることができるか、すなわち、その決定の帰結について集団に道徳的・法的な責任を負わせることが正当化できるか〉という実践的・規範的な問題設定である。そのうえで、この問いに対して、〈ある集団において、個人の意味決定に類似する、集団的な決定のための手続と内部的な合理性の基準が確立され、それらが遵守されているとき、集団はその固有の合理性に基づいて意図的に行為するものであり、その帰結について集団に責任が帰属する〉、という答えが示される。より具体的には、ヴィッシュマイアーは、集団的な決定は一定の内部規則（発議、議事手続、組織構成に関する諸規則）に基づいて行われる（そのような規則があつて初めて集団的な決定が可能となる）という意味での「規則性 [Regelhaftigkeit]」と、そのような集団内部の決定過程が個人の意味決定過程と構造的に相応・類似している（いずれも、種々の選好を取捨選択したうえで最終的に何らかの内的基準に従って一つの結論を出す）という意味での「平行性 [Parallelität]」という二つの要素に着目し、ある集団の決定がこれらの要素を具備している場合には、集団それ自体に——個人においても「責任」帰属の前提となる「意図的」な行為を、集団も同様になしうるという意味で——「意思」の概念をいわば類推して適用することができる、と主張する（集団的志向性の「責任論モデル」）。そして、議会による立法は、こうしたモデルが典型的に妥当する。つまり、ヴィッシュマイアーの見解では、〈集団の意思を問う〉とはすなわち〈集団の意思決定の構造を参照する〉ということであり、それを立法にあてはめると〈立法過程を規律する諸規則（憲法、法律だけでなく、議事規則や議会慣行なども含む）に着眼する必要がある〉ということになり、さらに、そのような〈規則に基づく意思形成〉としての立法の過程を記録する立法資料の重要性も基礎づけられるのである²⁸⁾。

これに対して、ゼールは、より強く「立法者意思」の実在性を強調する論者である。ゼールは、「集団的志向性」の社会存在論的な把握、特に哲学者マイケル・ブラットマンの見解（計画理論、「共有意図」論）に依拠して²⁹⁾、「立法者意思」を法的なフィクションではなく現実の現象、社会的実在として把握すべきである、つまり「立法者意思」の規範的構成 (normative Konstruktion)

でなく経験的再構成 (empirische Rekonstruktion) が論証の合理化のために必要であると主張する³⁰。そこで検討の対象として選択されているのは、法解釈における「発生論的論証」である。具体的な解釈提案・法的決定の正当化のために用いられるこの論証手法は、〈ある法律の文言 T について、その具体化として T1 が妥当すべきである、なぜならば、T1 が「立法者意思」にも合致することが立法資料によって裏づけられるからである〉という形態をとるものと理解される³¹。すなわち、発生論的論証において参照される「立法者意思」とは、法律の文言の具体的な意味 (その文言の射程がどのような事例に及ぶか) に関する意思であり、これは、ゼールの見解によれば、ブラットマンの理論構成を用いて、法律の文言の具体的な意味についての「共有意図 [geteilte Absichten]」として把握することができる。それはつまり、〈法律の文言に特定の意味を付与することについて議員の意図が (少なくとも当該法律の可決に手続上必要な多数派において) 調整された状態〉を指し、議会の立法過程においてそのような「共有意図」(という状態) が成立することは理論的にありうる、とゼールは主張するのである³²。また、このような意味における「立法者意思」は、その断片的な「徴証 [Indiz]」である各種の立法資料の総合的な評価と、その欠けている部分を補完する「推定規則」(すなわち経験則) から再構成される。要するに、立法資料の記述を出発点として、経験則による推認を加えて、上述の「共有意図」の成立へと至る、一貫性のあるストーリーを再構成して語ること (「再構成する語り [Rekonstruktionsnarration]」) が必要になるというわけであり、そしてこの「語り」が最低限の「満足 [Sättigung]」水準を超えた場合に初めて、「立法者意思」の存在を検証可能な仕方で示す合理的な発生論的論証が成立する (そしてまた、満足の度合いが高い方がより説得力の高い発生論的論証となる) というのである³³。

両者の見解を対比すると、ヴィッシュマイアーは、集団の意思決定の構造を定める内部規則からいわば「トップダウン」で考えるのに対し、ゼールは、同様に手続規則に着目しつつも、共同行為としての立法において構成員個人々の意図が段階的に調整・共有されていく過程を「ボトムアップ」で捉えようとする考え方である、と対比的に理解することができよう³⁴。

ただ、以上のような哲学領域の議論を採り入れた「立法者意思」の理論的な捉え直しにおいては、法学では一般的でない術語が多用されるなど、普通の法律家——少なくとも筆者にはかなり難解であり、上で概観した以上に詳しく論じることは容易ではない。また、詳しく論じることにどれほどの実益があるのかも定かではない。ヴィッシュマイアーとゼールの主張を対照するだけでもわかるように、「集団的志向性」論といってもさまざまな見解があるはずであり——それにもかかわらず、両者ともに、自分が依拠する論者の見解が他の論者の見解よりも哲学的に正当であることを詳しく基礎づけていないのであるが——、結局は、どの哲学者の見解に「乗る」かによって決まる部分が大きいように思われる。そうであるとすると、法学上の議論が哲学上の議論にすり替わっただけで、実は何も解決していないのではないかという疑問がある。しかも、特にゼールに関しては、実務的な使用に耐える指針の提示を意図しておきながら、その理論的な根拠づけのために法律家に馴染みのない哲学的な術語を多用しているようでは、かえって実務的に使いにくいのではなからうか³⁵。

筆者としては、「立法者意思」は法的 (に必要) なフィクションであるという理論構成に対して、特に不満を感じない。しかし、だからといって恣意的なフィクションであってはならず、立法過程の実情に即した、できるだけリアリティのあるフィクションが求められることは確かである。そして実際、ヴィッシュマイアーもゼールも、「立法者意思」の理論構成を抽象的に論じるだけでなく、ドイツの立法過程の実情を踏まえてより具体的な議論を構築することも試みているのであり、筆者にはむしろそちらの方が有益であるように思われる。

そこで、「立法者意思」の理論構成の問題はいったん措いて、先に挙げた第二の問題点に焦点を移したい(→1(3))。すなわち、立法資料の使用方法に関する実務的な問題について、近年の議論ではどのような解決が示されているのかを、ドイツの立法の仕組みと実情を踏まえながら、確認していくことにしよう。

3. 立法資料の選別

さて、立法資料の使用方法に関してまず問題となるのは、そもそも「立法資料」とは何かということである。もし、立法に関する何らかの情報を含む任意の文書(あるいは証言³⁶⁾)を、法解釈者が自らの判断で自由に「立法資料」と称して使用してよいとすれば、立法資料を用いた論証は恣意的なものとなりかねない。そこで、立法に関する情報を含む一定の資料が「立法資料」として承認されるための条件(選別基準)を提示し、さらに、実際にその条件を満たすものとしてどのような資料が存在するのかを論じることが必要になってこよう。そこで、以下では、「立法資料」の選別基準についての提案と、それに基づく選別の結果を紹介したうえで(→(1))、そうして選別された「立法資料」の中でも、特に何が重要なものと位置づけられるのかを分析する(→(2))。

(1) 選別基準の提案

法解釈において「立法者意思」の根拠となる「立法資料」とそうでないものは、どのようにして区別されるのか。この問いについて、比較的詳しく、また具体的な基準を示して論じているのが、ヴィッシュマイアーの見解である。

ヴィッシュマイアーは、前述した「立法者意思」の理解を前提として、大要、次のような基本的な考え方を示す。すなわち、議会の構成員個人の言明ではなく、議会全体の言明として、議会全体に帰属させることができる資料を慎重に選別する必要がある、そのためには、立法手続の構造の中で重要な時点(原語では *Schlüsselmoment* : 最終的な議決に至るまでの過程において、手続を次の段階に進めるためのカギとなる時点の意)を記録する資料であること、あるいは、以後の手続段階において(少なくとも潜在的に)議員全員の考慮の基礎をなした資料であることが、決定的に重要である、という考え方である。より端的に言えば、ヴィッシュマイアーは、たとえ最終的な議決によって議会全体の名において制定される法律の文言と同一視することまではできないとしても³⁷⁾、それに匹敵するような位置づけを与えることのできる資料を選別しようとするのである。そして、そのような観点から、議会の立法過程において重要な中間段階の結果を記録し、以後の手続段階の基礎をなす重要な文書だけが、法解釈において「立法者意思」の手がかりとして正当に参照できる「立法資料」となる、というわけである³⁸⁾。

以上のような基本的な考え方にに基づき、ヴィッシュマイアーは、より具体的に以下の四つの選別基準を提示している³⁹⁾。

第一に「代表性 [Repräsentativität]」である。これは、個人あるいは特定の部分集団の言明ではなく、議会全体の言明であることを示す資料、つまり議会全体に帰属できる資料でなければならない、ということの意味する。法律は個別意思の総和ではないので、個々の議員の言明は、通常、「立法者意思」の手がかりにならない、という。ただし、本会議の授権に基づき議会全体のために活動する委員会の言明に関しては、この「代表性」を欠くものとはされていない。

第二に「重要性 [Schlüsselstellung]」である。ほぼすでに上述したとおりであるが、立法手続における必要不可欠な中間段階を記録する資料であることが要求される、という趣旨である。手続の進行にとって付随的・外在的な言明の記録は、この基準を満たさない。

第三に「透明性 [Transparenz]」である。すなわち、議会の構成員全体に公開され、議会全体の決定の基礎となったものと位置づけられる資料であることが必要であるとされる（ただし、全議員が実際にその内容を知ったことまでは要求されていない）。したがって、一部で共有されるにすぎない私的な文書や秘密文書は除外されることになる。

以上の三つは、いずれも資料の形式面にかかわるものといえよう。それに加えて、資料の内容面については、第四に「持続性 [Konsistenz]」という基準が示されている。これは、議会の手続において最後の段階まで維持された言明、いいかえれば、異論を受けて修正されることのなかった言明だけが「立法者意思」の手がかりになる、ということの意味する（なお、この「異論」それ自体も上記第一から第三の基準を満たすものでなければならぬとされており、したがって何らかの形で反対意見があったからといってそれだけで直ちに第四の基準を満たさなくなるわけではない）。それゆえ、単に一時的に示されたにすぎない意見や、必要な多数の支持を得られず退けられた少数派の見解は、たとえそれが資料に記録されていたとしても、この基準を満たさない。

さて、以上のような基準は、それ自体としての説得力が問題となるというよりは、むしろ、現実の各種の資料に対してそれを具体的にあてはめることによって、その意義がより明確になるものと思われる。この点、ヴィッシュマイヤーは、ドイツの立法において多数を占める連邦政府提出法律案の場合を前提として、以下のように論じている⁴⁰⁾。

まず、法律案の提出に先立ち連邦政府において作成される内部文書は、法解釈において「立法資料」として参照すべきものではないとされる。特に、当該の法律案を所管する省の課において作成される草案を「所管課草案 [Referentenentwurf]」といい⁴¹⁾、これは逐条的な理由づけを含む詳細なものとなることもあるが、こうした法律案作成段階の政府の内部文書は、たしかに政治の現実において重要な役割を果たすことはあるものの⁴²⁾、立法手続において正式に議会に提出されるものではなく、それゆえ必ずしも議会の全議員がアクセス可能とは限らず、議会の民主的意思形成に影響を与えるものとはいえない（立法者たる議会の意思形成過程は法律案の正式な提出によって始まると解すべきである）ことから、上述の基準のうち、特に「代表性」と「透明性」が欠如する、というわけである。

次に、所管課草案は、必要に応じ関係課との調整等を経て、閣議に提出され、閣議決定によって正式な法律案 (Gesetzesentwurf) となる。法律案には、その課題と解決策や費用等に関する概括的な記載が表題部として条文案の前に置かれるのに加え、条文案の後に続く理由書 (Begründung) では、法律案全体についての総論的な理由だけでなく、個別の条文に関する逐条的な理由が説明される（所管課草案の内容はほぼこれに解消される）⁴³⁾。また、ドイツの立法手続において、連邦政府提出の法律案は、まず連邦参議院に送付される（基本法 76 条 2 項）。ドイツの連邦参議院は、連邦を構成する各州の代表者である州政府の閣僚によって構成される機関であり、各州の利害を代表する立場から、政府の法律案・理由書の内容に検討を加え、その意見 (Stellungnahme) を述べる。これを受けて、連邦政府は、連邦参議院の意見への応答意見 (Gegenäußerung) を示すことができる。

大要、このような手続を経て、連邦政府の法律案と理由書に加え、連邦参議院の意見と連邦政府の応答意見が連邦議会に提出されることになるのであるが、ヴィッシュマイヤーの見解によれば、これらの資料はすべて「立法資料」として参照されるべきものである。というのも、これらの資料は連邦議会が自ら作成したものではないが、連邦議会は、議事規則に従い、法律案の提出を受けて最初に行われる本会議審議である第一読会、および第一読会における委員会への審査の付託によって、法律案とその附属文書を自らの文書として受容する (zu sich eigen machen) のであり、そうし

てそれが連邦議会の全過程を通じて審議の基礎・準拠点となるからである。なお、これらの資料は、すべて連邦議会の公式文書（Bundestagsdrucksache）に掲載・公表される。

次に、「立法資料」の候補として考えられるのが、本会議における討論の内容を記録した議事録（Plenarprotokoll）である。しかし、ヴィッシュマイアーの見解によれば、議事録（に記録された議員個人の発言）は、例外的な場合にしか「立法者意思」を示すものとはいえない。というのも、ドイツの議会制度において、本会議討論は法律案の具体的な内容について詳細な審議と意思形成を行う場ではなくむしろ議会内のさまざまな立場を対外的に示す場であり、たとえ議員は所属会派の代表として発言するとしても、やはりそれは個別意思あるいは個別利害の表出にとどまり、議会における共同の意思形成への寄与は限定的だからである⁴⁴⁾。それゆえ、上述の基準のうち特に「代表性」が欠如していると判断される（またそのことは、たとえ当該の議員が法律を可決した多数会派に所属していたとしても同様であるとされる⁴⁵⁾）。

さて、委員会審査の段階で作成される資料についてはどうであろうか。ドイツでも、日本でいうところの「委員会中心主義」に相応する仕組みが採用されており、本会議の第一読会の後、委員会で法律案の内容について集中的な議論（と政治的な妥協形成）が行われる⁴⁶⁾。しかし、ヴィッシュマイアーの見解では、委員会審査における個々の委員の発言も、本会議討論における個々の議員の発言と同様に「代表性」が欠如する。また、委員会審査は原則として非公開で行われ、その議事録は作成されるもののそれが議会全体に共有されてその後の本会議審議の基礎になるわけでもない⁴⁷⁾、その意味で「透明性」も欠如するという。よって、委員会審査の議事録（に記録された委員個人の発言）も「立法資料」から除外される。

それでは、議会における審議の内容の記録としては何が重要なのか。それは、委員会審査の内容と結果を詳細に記録した「委員会報告書〔Ausschussbericht〕」である。委員会での作業は、最終的に委員会の「議決勧告〔Beschlussempfehlung〕」および「報告書」に落とし込まれ、本会議に提出される（連邦議会の公式文書にも掲載・公表される）。そして、本会議は、委員会審査の次に行われる第二読会での審議において、委員会の議決勧告と報告書を自らの文書として受容し、本会議における審議の基礎とする。それゆえ、委員会の議決勧告・報告書は、法解釈者にとって重要な「立法資料」として参照されるべきである、ということになる（なお、本会議審議は、第二読会、第三読会と続き、法律案の採決に至るが、本会議における議員個人の発言について上述したことは第二読会・第三読会にも同様に妥当する）。

このようにして、法解釈において「立法者意思」の手がかりとして参照されるべき「立法資料」は、基本的に、連邦政府の法律案およびその理由書、連邦参議院の意見とそれに対する連邦政府の応答意見、連邦議会の委員会の議決勧告および報告書、以上のみに絞られるのである。排除される資料も少なくなく、ヴィッシュマイアー自身がそう述べるように⁴⁸⁾、立法資料の選別については、やや慎重な取扱いが求められているといえよう。

（２）委員会報告書の重要性

ここで強調しておきたいのは、ヴィッシュマイアーによる以上のような「立法資料」の選別結果については、本稿で取り上げる三名の論者全員において——その理論的な前提の相違にもかかわらず、少なくとも結論としては——ほぼ見解が一致しているということである。

すなわち、第一に、各種の立法資料の中でも、連邦議会の委員会報告書が特に重要であること、第二に、それに次いで連邦政府の法律案の理由書（またそれと関連して連邦参議院の意見）も参照されるべきこと、第三に、連邦議会の本会議討論や委員会審査における個々の議員・委員の個人的

な発言を記録した議事録は、原則として「立法者意思」の根拠とみなせないこと、という三つの点については、多少の差異はともかく、特に目立った見解の対立というべきものはないのである⁴⁹⁾。

このうち、委員会報告書が最も重要であるということについては、三名の論者の中でも、ゼールが最も詳細に論じており、特に参考になるものと思われるので、以下でその要点を概観しよう。

ゼールの見解によれば、委員会報告書については、大きく次の二点が重要である⁵⁰⁾。

第一に、委員会報告書の内容と形式である。委員会報告書には、本会議に対して議決を勧告する修正後の法律案についての逐条的な理由説明が含まれる⁵¹⁾。そこでは、当初の法律案から変更した箇所については変更の理由が明記されたり（たとえば、法制執務上の理由による修正で内容の変更はないとか、連邦参議院の意見を取り入れた修正である、など）、個別の規定の趣旨・目的が説明されたり、条文中の個々の文言・概念の意味内容や、それに包摂される想定事例が示されたりする。つまり、ほぼコンメンタール（注釈書）のような記載が含まれており、その後の法解釈においても有益なものとして活用できる。また、当初の政府案が委員会において変更なく受け入れられた部分については、政府案の理由書の参照が明確に指示される。これは、理由書の記載も含めて、政府案が議会（少なくとも委員会の多数会派）において受け入れられたことを示す明確な根拠になる⁵²⁾。

こうした委員会報告書の記述は、委員会審査の経過と内容を要約・総括するものであり、そこには会派横断的なコンセンサスが反映されているものとみることができ、また委員会報告書には少数意見も含めて会派ごとの意見も個別に記載されることになっており、見解の対立がある場合には（それが通常であろう）少数会派の反対意見を知ることもできる。ここで特に重要となるのは、報告書の作成者である。委員会では、その所属議員の中から「報告委員〔Berichterstatter〕」が任命され⁵³⁾、この報告委員が委員会報告書の作成に責任を負うのであるが⁵⁴⁾、報告委員は少数派も含む異なる会派から複数名選ばれるのが通常であるとされ、また、報告書の作成にあたっては中立性が要求される⁵⁵⁾。つまり、報告書の作成者が、個人的な見解や少数意見をまるで委員会全体の意思であるかのように偽装することはほぼ不可能な仕組みになっているのである（もしそのようなことをしようとするれば、他の報告委員から異論が出るはずである）。それゆえ、前述したような立法資料の信用性に対する批判（→1（3））は、委員会報告書には基本的に妥当しないといえよう。

このようにして、委員会報告書は、委員会段階で、少なくとも多数派の会派において調整された共通認識をいわば「公証」する、「集团的に作成された〔group-produced〕」文書であると考えられ、それゆえ委員会における「共有意図」を明らかにするのに特に適している、とゼールはいう。

第二に、委員会の意思形成だけでなく、その背景にある、議会を構成する会派内の意思形成過程も重要である。というのも、委員会報告書に記録されているのは、形式的には「委員会の意思」にすぎず、そこから「立法者意思」を直接に導くことはできないのではないかと、ということが問題となるからである。そこでゼールは、委員会報告書に記録された多数会派の議員の「共有意図」としての「委員会の意思」は、会派の意思決定のプロセスを通じて、その委員会に所属していない同じ会派の他の議員にも共有されていると考えられる、と論じる。

ドイツの実際の立法過程において、法律案の具体的な内容に関する主な作業は、委員会それ自体の中でというよりも、会派の内部で進められる⁵⁶⁾。議会の各会派は、基本的に行政分野ごとに設置されている委員会に対応して個別に「作業部会」を設けており、それに所属する議員、特に当該の法律案に関する分野の専門知識をもつ議員が報告委員となって、法律案に関する態度を練り上げる（なお、会派ごとに、ある委員会に所属する議員はその委員会に対応する作業部会にも所属し、また通常、委員会の報告委員は作業部会でも報告委員である）。こうして作業部会で形成された方針

については、作業部会の長である部会長（座長）を通じて、会派執行部との調整が行われる。会派全体の方針と矛盾が生じないよう、上層部とすり合わせが行われるのである。さらに、複数の分野にかかわる法律案については、関連する作業部会との調整も行われる。最終的には、会派の総会で承認を得る必要があり、それが委員会において正式に会派の立場として示されることになる⁵⁷⁾。

このように、会派内の専門家集団である作業部会ごとの分業的な意思形成と、会派全体の段階的に包括的なコミュニケーションと意思調整のシステムが存在することから、委員会で示される会派の立場の背景には、委員会に対応する作業部会を通じ、最終的には会派全体に至るつながりがあるといえる。それゆえゼールは、こうした実情を踏まえれば、「委員会の意思」は多数会派のその他の議員にも共有されているものと合理的に推定することができる、と主張するのである⁵⁸⁾。

また、このように委員会審査と並行して（あるいはそれ以前に）会派内ですでにコンセンサスが得られていることから、それを反映した委員会の決定がその後の本会議で変更されることは基本的にない。それゆえ、委員会報告書は、実質的に、議会（少なくとも当該の法律案の成立を支持する多数会派全体）におけるほぼ終局的・確定的な決定を記録（「公証」）したものとみることができる、というわけである⁵⁹⁾。

かくして、ゼールの見解によれば、「立法者意思」の根拠としてはまず委員会報告書を出発点とすることが必要不可欠であり、また委員会報告書で参照が指示されている範囲では法律案の理由書や連邦参議院の意見を参照することになる。また、委員会の後、本会議で法律が可決されるまでに変更がなかったかを確認するためには、念のため本会議の議事録を確認することも必要となろう⁶⁰⁾。立法資料の利用の方針として、それなりに具体的な提案が示されたといえるのではなからうか。

以上にみてきたように、内容が充実し、信頼性もある——いわば「使える」——立法資料が存在することがドイツの近年の学説において重要な前提となっているように思われるのであるが、この点については、本稿の終わりに改めて、日本と比較しながら言及することにしたい（→5（1））。

4. 「立法者意思」の類型的把握

さて、ここまでは、三名の論者のうちヴィッシュマイヤーとゼールの見解を主に取り上げてきた。それにより、参照すべき立法資料の選別については、ある程度の見通しが得られたものと思われる。しかし、参照すべき個々の立法資料、たとえば特に委員会報告書に含まれるさまざまな記述の中で、具体的にどの記述が「立法者意思」の認定と結びつくのかは、必ずしも明らかにはなっていない。この点を明確化しようと試みているのがフリーリングの見解であり、他の二者の見解とはまた別の重要な意味をもつ。以下にその要点を示し、若干の分析を加えたい。

（1）「立法者意思」の規範構造

前述のように（→2（1））、フリーリングは、「立法者意思」を法的なフィクションとする従来の理論構成を基礎としているが、しかし法的評価としての「立法者意思」の認定について類型的な検討を行う点において、従来の議論をより精緻化しようとするものと位置づけられる。

フリーリングの見解によれば、規範的概念としての「立法者意思」は、次のような二段階の帰属構造をとる⁶¹⁾。まず、第一段階では、立法資料に記録された個人の言明を出発点とし、それを立法過程に関与する個人（議員）全体に帰属させることができるか否かが問題となる。これが成功すると、集団としての議員全体における「共通理解〔*gemeinsames Verständnis*〕」を語ることができる。ただ、この「共通理解」の成立過程に関しては、先に取り上げたばかりのゼールの見解と重複するところが多いのでここでは割愛する⁶²⁾。むしろ、より重要なのは、〈第二段階の帰属〉の方である。

フリーリングの見解によれば、この「共通了解」が直ちに「立法者意思」になるのではない。先にも少し触れたように（→2（1））、「立法者」とは憲法上の法的な構築物（「立法権」の擬人化）であり、自然人たる議員個人の集合体と単純に同視できるものではないから、法的な評価の問題として、議員全体の「共通了解」が憲法上「立法者」に帰属できるかどうかを検討する必要がある、というのである。この第二段階の帰属にも成功して初めて「立法者意思」といえるのであり、従来の議論ではこの二段階の区別の必要性が看過されてきた、というのがフリーリングの主張である。

それでは、そのような法的評価は何を基準として行われるのか。フリーリングは、特に権力分立原則によるフィルタリングを提案する⁶³。その権力分立理解によれば、立法は一般的・抽象的規範の定立、裁判はその規範の適用による個別具体的事件の決定である。すなわち、立法権は基準定立権限、裁判権は事件の決定権限である。もっとも、これは理念型としての原則的な区別であって、双方の権限の交錯、たとえば裁判の法形成機能も例外として許容されうる（裁判を「自動包摂機械」とみるわけではない）が、しかし少なくとも、権限の「核心領域」の侵害は権力分立原則に反する。つまり、一方が他方の権限を完全に奪うことは禁止されるのであって、さもないと、一つの機関に複数の権限が集中しかねず、権力の集中を阻止する権力分立原則の趣旨に反するからである。このような権力分立理解を前提として、フリーリングは、憲法上、立法権の権限領域に属するもののみが「立法者意思」として評価できると主張する。いいかえれば、仮に立法権の権限領域に属さない事項について議員が「共通了解」を形成したとしても、そのような「共通了解」が「立法者意思」としての拘束力をもつものとは憲法上評価されない、というわけである。

（2）立法資料における意思表示の類型化

さて、以上のような見解に基づいて「立法者意思」のフィルタリング——法的なフィクションとして憲法上許容可能な「立法者意思」の選別——を行うと、その結果はどうなるのかが次に問題となる。ここでフリーリングは、そうした作業の前提として立法資料の中にみられるさまざまな記述・言明を類型化し、その類型ごとに判定する。具体的には、以下の六つの類型が提示されている。それぞれについてのフィルタリングの結果とあわせて紹介しよう⁶⁴。

第一の類型は、文言の具体的な意味に関する言明（「具体的規範観念 [konkrete Normvorstellung]」）である。これは、立法資料の記述の中で、条文の個々の文言や定式が意味する内容について具体的な説明がなされている箇所を指す。フリーリングの見解によれば、このような記述は「立法者意思」として評価される。なぜなら、単に規範の文言を定めるだけでなく、規範への具体的な意味の付与も立法者の基準定立権限に属するのであり、仮に、裁判所は文言の具体的な意味に関する立法者の想定を無視してよい（つまり法律の条文は中身の無いテキストにすぎず、その中身は裁判所が自由に充填できる）とすれば、裁判所に事件の決定権限だけでなく基準定立権限も同時に帰属し、二つの権限が一つの機関に集中することになってしまいかねないから、というのである⁶⁵。

第二の類型は、法律による規律の「目的」についての言明である。これは、当該の法律の定めによってどのような事態を回避または実現しようとしているのか、ということについての記述を指す（規律の内容それ自体ではなくその意図された帰結に関する言明であるという点で第一の類型とは区別される）。これも第一の類型と同様に「立法者意思」として評価される。規範の目的を設定することもまた、憲法上、立法の権限領域（基準定立権限）に含まれると考えられるからである。

第三の類型は、「具体例 [Fallbeispiel]」とその包摂に関する言明である。この類型は、立法資料の記述の中で、個別の規定について、具体的な想定事例を挙げたうえで、その事例に当該の規定が適用されるか否かが説明されている部分のことを指すものである。しかし、これは「立法者意思」

とは評価されず、したがって、裁判所は規範の適用の有無に関する立法者の判断には拘束されない。というのも、フリーリングの見解によれば、個別の事件に対して規範が適用されるか否かの判断は、基準定立権限ではなく、事件の決定権限の領域に属し、それは立法者ではなく裁判所の権限だからであり、仮に具体例とその包摂についても裁判所が立法者の判断に拘束されるとすれば、裁判所の権限が侵されるからである。もっとも、立法資料の記述において、具体例を挙げての説明と合わせて初めて規範の具体的な意味に関する立法者の見解が明らかになるということも考えられるはずであるから、第一の類型（文言の具体的な意味に関する言明）との区別は流動的であり、またその区別が有意義か否かも疑問であるように思われる。フリーリングの見解に従うなら、第一類型は法的三段論法における規範定立の段階にかかわるのに対し、第三類型はいわゆる「あてはめ」に属する、と図式的に区別することはたしかにできるが、しかし大前提と小前提の形成が実際には相互依存的な関係にあること（「視線の往復」）はいまさら強調するまでもなからう。

第四の類型は、「法の見解 [Rechtsauffassung]」である。立法資料には、立法者がいま制定しようとしている当該の法律（案）の内容についての見解ではなく、既存の別の法令についての見解、特に法律よりも上位の規範（憲法やEU法）との整合性に関する見解が記述されていることがある。フリーリングはこれも独立の類型として位置づけたうえで、そのような記述もまた「立法者意思」とは評価されないとする。なぜなら、法令の解釈は裁判所の権限に属し、立法者には既存の法令の拘束的な解釈権限はないからだ、というのである。しかし、憲法やEU法の解釈についてはそれを専門に管轄する裁判所の見解が優先されることに特に大きな疑問はないが、法律の解釈に関しては、第一の類型との差異がここでも問題となるように思われる。フリーリングは、制定過程の途上にある法律と、すでに制定が完了した法律とを区別し、前者に関して立法者が付与した具体的な意味は「立法者意思」として尊重すべきであるが、制定後の法律について立法者が遡って見解を示すこと、すなわち立法者による有権解釈は認められないと解するようである。こうした区別も不可能ではないが、しかし区別の妥当性は必ずしも自明でなく、より立ち入った理論的考察が必要であろう⁶⁶。

第五の類型は、立法の前提事実に関する言明である。「立法事実」に関する言明といってもよからう。これは「事実 [Tatsache]」に関する言明であるという点で第四の類型（法の見解）とは区別され、また規範の適用対象となる事実ではなく立法の前提や動機となった事実に関する言明であるという点で第三の類型とも区別される。フリーリングの見解では、この類型も「立法者意思」とは評価されないが、ただしその際に権力分立原則の観点からのフィルタリングは行われていない⁶⁷。

最後に、第六の類型として挙げられているのは、「学説・判例への委任 [Antrag]」である。これは、立法資料の記述の中で、一定の問題について法律による規律を意図せず、その解決をむしろ今後の学説・判例の展開に委ねる、と明言されているような場合のことを指す。フリーリングは、これは「立法者意思」と評価できるとする。というのも、憲法上、原則として立法の委任も立法者の権限として認められており⁶⁸、裁判所がこのような委任に基づいて自ら法形成を行ったとしても、そのことが権力分立原則に反する（立法の核心領域を侵す）とは解されないからである。

以上のようなフリーリングの見解においては、権力分立原則の理解や、類型ごとの判断の仕方に関して、やや図式的にすぎる印象があり、その点では必ずしも賛同することができない。しかし、立法資料の記述の中にもさまざまな性質・内容のものが含まれることから、その性質・内容に応じて「立法者意思」として尊重すべきものとそうではないものを典型的に区別して考えるべきである、という見方は、従来の議論において必ずしも十分に意識されてこなかった点について、新たに重要な知見を加えるものといえよう⁶⁹。

5. おわりに——若干の日独比較と試論

以上の検討を踏まえて、最後に、簡単な日独の比較を行ったうえで、若干の試論を述べてみたい。

(1) 日本の国会審議と立法資料の現実⁷⁰⁾

まずは、本稿で取り上げた近年のドイツの研究成果を日本にも取り入れることが可能かどうかを考えてみよう。結論からいえば、少なくとも現状では、それは困難であると考えざるをえない。

日本で「立法者意思」といえば、主として、行政段階での審議会の議事録・会議資料・報告書や、また最近では、当該の法律案を所管する省庁の立案担当者が執筆・公表した解説書や注釈書の類を手がかりとして解明・特定が試みられることが多いのではないかと思われるが⁷¹⁾、それらは基本的に「起草者」あるいは「立案（担当）者」の意思を示しているにとどまり、それが国会においてどのように受容されたかは必ずしも明らかでないことが通常であろう⁷²⁾。せいぜい、〈国会での審議過程の中で特に異論が出なかったのであれば、起草者の意思が国会でそのまま受容されたとみなすことができる〉というような純然たる仮説のレベルにとどまるのではなかろうか⁷³⁾。それを一概に不合理とまで断定することは相当でないが、しかしそうした単純な推定（あるいは擬制）が実際にどこまで妥当するのかは疑問である⁷⁴⁾。

さて、法律案の提出から国会審議の開始に至る段階では、法律案とともに提出される提案理由の説明や⁷⁵⁾、審議の冒頭で法案提出者側からなされる「趣旨説明」（後述の会議録に記録される）が参考になりそうであるが⁷⁶⁾、そこでは法律案全体の趣旨・目的や立法理由が簡潔に説明されるだけであり、たしかにそれでも法律全体の趣旨・目的を踏まえた体系的解釈や目的論的解釈の手がかり程度にはなるが、個々の規定の具体的な内容に立ち入った詳しい説明はないのが通常であろう。

また、国会審議の段階の資料としては、国会（本会議・委員会）の会議録（議事録）が広く公開されてはいるが⁷⁷⁾、実際のところ、国会審議において個々の規定の法解釈にかかわる詳細な議論は基本的になされないようであるし⁷⁸⁾、また仮にそのような議論があったとしても、議員個人の発言や政府側の答弁をそのまま「立法者意思」と解することができるわけではないことは、先述の近年のドイツの学説が主張するところである（同じことは上記の「趣旨説明」にも妥当する）⁷⁹⁾。

なお、日本にも「委員会報告書」というものがあるが、これは、名前は同様でも、内容があまりに簡潔で、近年のドイツの学説で重要視される委員会報告書とはかなり異なるようであり、法解釈にあたって活用できるものとは思われない⁸⁰⁾。たしかに、ドイツと同様に日本の立法においても「委員会の意思」が基本的にそのまま「立法者意思」として受容されるという構成は可能であろうが⁸¹⁾、しかしその肝心の「委員会の意思」を十分に記録したとみうる資料が残されないことが問題なのである⁸²⁾。

結局のところ、「日本の国会の場合には、一部の限られた法律案を除き、その審議の時間の短さや計画性・体系性の面などから審議における情報量が少な」い⁸³⁾。そうすると、法解釈において「立法者意思」の重要性を主張する見解が少数にとどまり、それどころか法解釈における「立法者意思」の取扱いについての研究自体も多くないことも、なるほど自然の成り行きといえよう⁸⁴⁾。

他方で、翻って考えてみると、「立法者意思」をめぐるドイツの近年の議論の進展に関しては、立法資料の作成が高度に標準化・体系化され、その内容も非常に充実している——つまり「情報量」が多い——ということが背景にあるのではないかと推測することもできよう⁸⁵⁾。仮にそうした推測が当たっているとすれば、立法過程の現実と法解釈方法論の展開との間には一定の関連性があるといえるように思われるし、さらには、「立法資料」を一つの結節点として、近年の日本で発達してきた立法に関する学問研究と、伝統的な法解釈方法論研究が架橋されるという道筋もみえてくるの

ではなかろうか。すなわち、立法の質の向上を考える際には、立法の内容面を論じるだけでなく、立法に至る議論の過程を記録した立法資料をどのような形で残せばその立法の意図が裁判所（解釈者）により良く伝わるかを考えることも必要であろうし（いかに質の高い立法といえども、裁判所がそれを適切に解釈・運用できなければ意味がない）⁸⁶⁾、また、法律解釈のあり方を考える際にも、解釈の対象である法律が実際にどのようにして制定されているのかをよく理解し、制定過程の記録を正しく読めるのでなければ、説得的な解釈論にはならないはずである。こうして考えてみると、立法論の側からも、法解釈方法論の側からも、互いに接近を試みたとき、ちょうどその中間点に「立法資料」論が見出されるように思われるのである。

（２）法解釈方法論の精緻化を目指して

さて、ここで少し考察の視角を変えてみよう。本稿は、「立法者意思」や立法資料に関する近年のドイツの法学説について、特にその精緻化・類型化という面に着目して論じてきた。すなわち、〈「立法者意思」は尊重されるべきか否か〉、〈立法資料は解釈の参考になるかならないか〉という抽象的な次元で考えるのではなく、立法過程の現実も踏まえながら、「立法者意思」や立法資料を類型化したうえで、具体的にこれは尊重すべきである、これはそうではない、と丁寧に区分けして考えていく方向性である⁸⁷⁾。そして、このような方法論の精緻化という方向性それ自体は、十分に賛同に値するものといつてよいように思われる。

そこで、日本でも意味をもつ可能性のある、一つの提案を試みることにしたい。それはすなわち、限られた範囲の「立法資料」——つまり、「立法者意思」の表現とみなしうるような議会の公式の文書・資料⁸⁸⁾——の記述を根拠とする解釈方法を、ここで仮に「立法過程内在的解釈」と名づけ、このような解釈方法を、特に資料（史料）を限定することなく立法の歴史的な脈・背景をより広く探究する解釈方法としての「歴史的解釈」と明確に区別すべきではないか、という提案である⁸⁹⁾。このように提案したいのは、両者の方法は資料の範囲を限定するべきか否かが異なるだけでなく⁹⁰⁾、法解釈におけるそれぞれの位置づけや説得力も異なると考えられるからである。立法資料の具体的な記述を根拠とする論証である「立法過程内在的解釈」は、一種のテキスト解釈としての性質を持ち、根拠となるテキストの具体性・明証性、あるいはその一定の正統性ゆえに、法解釈の結論命題を比較的直截に支えることができるであろう（その一方で、その立法資料それ自体にはたしてどれだけの公的な権威があるのかは慎重に判断されなければならない、通用する範囲は限られる）。それに対して、「歴史的解釈」は、資料（史料）を限定することなく法律の歴史的な背景を幅広く明らかにすることにより、法解釈全体にいわば「深み」や「立体感」を出すために必要なはずである（その一方で、特定の解釈命題の正当性を「歴史的解釈」単体で端的に基礎づけることは難しいように思う）。要するに、両者の解釈方法は、その〈限定性／非限定性〉、〈具体性／抽象性〉、あるいは〈直接性／間接性〉といったような対比で分けて考えることができよう。

このような区別を前提とすると、近年のドイツでは前者の「立法過程内在的解釈」に関する研究が特に深化してきたものと分析できるし、他方で、そうであるからといって「歴史的解釈」が意味を失ったわけではないと理解することもできる⁹¹⁾。また、この区別を日本にあてはめて考えてみると、前述したような立法資料の貧弱さから、「立法過程内在的解釈」といえるような方法が独立のものとして成り立つことが現状では難しく、法律の解釈において立法過程に着目しようとしても、狭義の「立法者」とはいえない起草者・立案担当者の見解や審議会の議論などを執筆・発言の主体にあまり拘泥することなく使用せざるをえないことが多いから、その点では資料（史料）の範囲を限定しない「歴史的解釈」に近づきやすく、結局、上記の「立法過程内在的解釈」の特質（限定性、

具体性、直接性)も発揮されにくいといえよう。しかし、国会における立法資料の整備が進めば、あるいはそれを進めるためにこそ⁹²⁾、日本でも両者の区別が意味をもちうるはずである。

ただし、立法資料を参照すれば必ず問題が解決するような過度な期待をするべきではない。「立法過程内在的解釈」が有効なケースもあればそうでないケースもあり、おそらく現実にはそうでないケースの方が多いであろうが⁹³⁾、そもそもそのような性質の方法であると冷静に捉える必要がある。この方法が他の解釈方法との比較において一般的に優れているか否か・重要視されるべきか否か、というような問題に対する結論を急ぐべきではない。ましてや、「立法者意思説」と「法律意思説」の対立のような、大きなレベルの理論的な問題とは、意識的に切り分けるべきである。そのような法解釈という営為の全体、方法論のあり方の全体にかかわる大きな問題と、それを構成する個々の解釈方法の個別的な精緻化を目指す——いわばマイクロレベルの——問題は、意識的に区別して考えた方が建設的であろう⁹⁴⁾。そのような大きな問題にばかり囚われてしまうと、たとえば〈必ずしも重要ではないが全く意味がないわけでもない〉といった程度の解釈方法について、精密な考察が詰められないまま放置されかねないように思われるのである⁹⁵⁾。

(3) 《法解釈の比較法学》という展望

最後に、法解釈方法論研究における比較法的な視座の重要性を強調したい。

法解釈における「立法者意思」や立法資料に関する問題については、ドイツだけでなく英米圏でも同種の議論がすでに展開されており、ドイツの法学者からは、ドイツと英米に接近傾向があると認識されているようである⁹⁶⁾。そうした事情も背景として、「法解釈方法論」を比較法研究の一つの対象として扱う捉え方も主張されている⁹⁷⁾。もっとも、こうした主張に関していえば、日本でもすでに青井秀夫によって「比較方法論」あるいは「方法論の国際比較」という視座が提示されていることはいままでもない。それによれば、「各国の法思考の普遍性と相対性に光をあてながら自国の法思考の制約と限界を複眼的に省察し、それを法実務の健全な発達のために役立てていく」ことが求められる⁹⁸⁾。このような視座の必要性については、筆者も認識を同じくするものである。

さて、この視座によれば、本稿におけるドイツ法の分析や日独比較はどのように位置づけられるであろうか。思うに、日独の法解釈方法論については、法律の解釈という営為の「普遍性」(およびそれに基づく法解釈方法論の共通性)よりも、むしろ「相対性」の方こそが強調されるべきである。本稿で取り上げたドイツの法学説の背景には、その(少なくとも暗黙の)重要な前提として、現代ドイツの立法制度とその運用実態があることを見逃してはならない。そして、先述したように(→(1))、そうした前提条件としてのドイツの現実の立法のあり方は日本のそれと大きく異なることから、本稿が検討の素材とした論者の見解は、日本における法解釈方法論としては通用しない部分が多いのである。このように、外国の方法論学説を取り扱う際には、それぞれの国や、あるいは同じ国でもその時代によって、制度的な前提条件が異なるということに慎重な注意が必要であり、それゆえ、法解釈の方法論を研究する際にも、その国の立法の仕組みについての理解を欠かすことができない。それは改めて強調するまでもない当然のことかもしれないが、本稿はその当然のことを日独の実例をもって明確に示したものと考えたい。要するに、しばしば外国の法学説を参照する方法論研究においても、方法論学説を抽象的な理論としてのみ扱うのではなく、実定法の比較研究において必要であると同様の《比較法的な意識》のもとで、比較法の対象として意識的に慎重に取り扱うことが重要であるというべきなのではないか。これが本稿の最後の主張である。

-
- 1) 本稿は、2021年11月20日にオンライン開催された同年度日本法哲学会学術大会（B分科会）にて筆者が行った同じ題名の学会報告の報告原稿を改稿し、全体に加筆して論文化したものである。なお、本文では当日の報告の構成・内容をできるだけ維持・再現する一方、時間の制限のために報告に盛り込めなかった内容は多くを注釈に回している。

なお、脱稿後に、匿名の査読者3氏から有益で建設的なご指摘を頂戴し、それも踏まえて全体にさらに若干の加筆と微調整を施している。査読者3氏には、ここに記して感謝申し上げる。ただし、なお残る誤りの責任は筆者にある。
 - 2) ドイツ連邦憲法裁判所（憲法裁）は、初期の判例では、法解釈に関していわゆる「客観説」（日本でいう「法律意思説」）に分類される立場をとっていた。すなわち、法解釈の基準となるのは「客観化された立法者意思」であり、それは条文の文言や体系から明らかになるのであって、法律の制定史（つまり立法資料）は補助的な役割を担うにすぎない、というような立場である（この点につき、憲法裁の立場の一貫性の有無も含めて、渡辺康行「ドイツ連邦憲法裁判所の憲法解釈方法論」新正幸＝鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理 菅野喜八郎教授還暦記念』（木鐸社、1991年）517-546頁（特に521-522頁）を参照）。しかしその後、1990年代以降になると、裁判官による法形成の権限の限界に関する憲法判例の展開の中で、憲法裁は、裁判官による法の解釈・形成における「立法者の基本決定の尊重」の重要性を次第に強調するようになる（参照、北村幸也『裁判と法律のあいだ——ドイツ憲法の視角から——』（成文堂、2020年）51頁以下、特に83-86頁、94-106頁）。さらに、2018年には、法律の基礎にある規律構想を明らかにするためには立法資料の参照が必要であること、そして「明確に認識可能な立法者の意思」の尊重が憲法上重要であることをかつてないほど直截に述べた判例が登場するに至っている（BVerfGE 149, 126, Rn. 74-75；参照、北村・前掲117-118頁）。
 - 3) たとえば、立法学に関する最先端の研究が数多く集められた、井上達夫編集代表『立法学のフロンティア』（全3巻、ナカニシヤ出版、2014年）に所収の論考をざっと通覧してみても、法解釈において伝統的な「立法者意思」なる観念であるとか、その根拠となる立法資料（立法過程の記録）の法解釈上の意義については、せいぜいほんのわずかにしか論じられていない（ただし参照、西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」同編『立法学のフロンティア 2 立法システムの再構築』17-35頁（29-30頁）；宍戸常寿「立法の「質」と議会による将来予測」同書60-82頁（79頁）；高見勝利「「より良き立法」へのプロジェクト ハート＝サックス〈The Legal Process〉再読」井田良＝松原芳博編『立法学のフロンティア 3 立法実践の変革』21-41頁（35頁）；川崎政司「立法における法・政策・政治の交錯とその「質」をめぐる対応のあり方」同書42-72頁（52-55頁、62-63頁））。また、そうした傾向は、日本法哲学会編『立法の法哲学——立法学の再定位—— 法哲学年報2014』（有斐閣、2015年）に所収の諸論考においても同様である。
 - 4) もちろん、法解釈における「立法者意思」の位置づけや取扱いなどを論じる近年の研究が皆無というわけではない。まずここ10年ほどの研究動向を瞥見すると、「立法者意思」や立法過程の評価が争点となる裁判例を主な題材として、行政法学者が行政法解釈における「立法者意思」について論じたものが多い。たとえば、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——」（初出2011年）同『行政法の解釈（3）』（信山社、2016年）47-75頁；下山憲治「公法解釈における立法者意思とその探究序説——地方自治関連立法動向研究の意義と方法——」自治総研410号（2012年）1-21頁；白川泰之「混合診療に係る規定の明確性、立法者意思と法解釈に関する考察——健康保険受給権確認請求事件の判決（最判平成23年10月25日・裁時1542・3）から」法政理論44巻4号（2012年）188-220頁；福永実「行政法解釈と立法者意思」広島法学38巻1号（2014年）144-117頁；田尾亮介「立法者意思・立法趣旨の探求——地方議会会派運営費交付金事件」法学教室447号（2017年）30-37頁。また、法解釈における価値判断の基準として「「立法者意思」基準」が重要であることを強調する民法学者・前田達明の業績も重要である（その大多数は、前田達明『民法学の展開』（成文堂、2012年）、および、同『続・民法学の展開』（成文堂、2017年）に所収）。そのほか、湯川益英「制定法の解釈における「立法者意思」の存在意義—歴史法学のパースペクティブの中での立法者意思—」月報司法書士531号（2016年）33-41頁。さらに、それよりも前の時期の文献では、石田穰「法解釈方法の基礎理論——法解釈方法論の再編成——」（初出1975年）

同『法解釈学の方法』（青林書院新社、1976年）5-79頁（特に15-29頁）、および、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、を特に重要な研究として挙げておきたい。

なお、脱稿後に、山下慎一「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—」福岡大学法学論叢66巻3号（2021年）963-999頁、および、太田航平「法理論にもとづく立法者意思説—M. イェシュテットの法認識理論の検討—」青森中央学院大学研究紀要35号（2022年）79-93頁に接した（後者が取り上げるイェシュテットの法理論に関する筆者の見解については、北村・前掲注2）292-315頁、325-335頁を参照されたい）。

- 5) たとえば、山本敬三=中川丈久編『法解釈の方法論——その諸相と展望』（有斐閣、2021年）に収められた、各種の法分野における法解釈方法論についての諸論稿を通覧しても、ドイツ系の方法論学説への言及は少なく、あってもせいぜい伝統的な学説への簡単な言及がみられる程度で、外国の方法論学説でいえばむしろアメリカの議論の方がより多く参照されている。また、前注に挙げた近年の研究に関しても、基本的に同様のことがいえよう。本稿は、こうした近年の研究ではほとんど顧慮されていないドイツの最近の動向を紹介・分析することを主たる目標とする。
- 6) *Holger Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Mohr Siebeck, Tübingen 2013. なお、同書所収の論文の一つ (*Jan Thiessen*, *Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug*, in: a.a.O., S. 45-74) については、すでに邦訳として、ヤン・ティーセン (服部寛訳) 「法発見にとっての立法資料の無価値性——方法史的概観」松山大学論集27巻6号 (2016年) 177-221頁がある。
- 7) *Christian Baldus* u.a. (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung. Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- 8) *Thomas Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- 9) *Thomas Wischmeyer*, *Der „Wille des Gesetzgebers“*. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, in: *JuristenZeitung* 20/2015, S. 957-966.
- 10) *Tino Frieling*, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers. Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- 11) *Michael von Landenberg-Roberg/Markus Sehl*, *Genetische Argumentation als rationale Praxis. Eine theoretische Annäherung an das Rekonstruktionsziel „Wille des Gesetzgebers“ als Sättigungskriterium genetischer Argumente*, in: *Rechtswissenschaft* 2/2015, S. 135-166. なお、2015年の時系列としては、この共著論文でヴィッシュマイアーの博士論文 (前掲注8)) が主な批判対象として取り上げられ、その後、注9の雑誌論文にてヴィッシュマイアーからの再反論が示された、という順序である。
- 12) *Markus Sehl*, *Was will der Gesetzgeber? Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien*, Nomos, Baden-Baden 2019.
- 13) ここでそのすべてを論じる余裕はない。参照、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）468-475頁、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』（勁草書房、2008年）103-107頁。
- 14) 青井・前掲注13) 473頁、増田・前掲注13) 104頁。
- 15) ドイツの裁判実務における「立法者意思」や立法資料に依拠した解釈方法の位置づけ、またそれが実際に重要な役割を果たした事例の概観として、*Frieling* (Anm. 10), S. 4-9, 13-16, 68-71, 85-87; *Sehl* (Anm. 12), S. 21-27; vgl. auch *Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)*, 3. Aufl., Bd. 2, C.H. Beck, München 2020, S. 205-207.

また、学説上も、およそ立法資料の参照を禁じ、「立法者意思」や立法資料を用いた論証に全く価値を認めないような極端な見解（純粋な客観説、あるいは厳格な文言主義）は、現在のドイツではほぼ支持されておらず、「立法者意思」や立法資料も少なくとも参考程度には用いる折衷的な客観説が一般的である。他方、主観説の立場においても、立法

-
- 資料に基づく「立法者意思」の特定もまた各種の論証形式のうちの一つにすぎない。すなわち、法律の文言や体系も「立法者意思」の手がかりとみることが可能であり、それゆえ〈法解釈＝立法者意思の探求＝立法資料の参照〉という短絡は不当であると主張されているのである。要するに、立法資料の活用方法をめぐる議論は、主観説／客観説の対立とは独立に、別の次元の問題として成立するといえよう。以上のことにつき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 377–378, 379–380; *ders.* (Anm. 9), S. 958–959; *Frieling* (Anm. 10), S. 88–89; *Sehl* (Anm. 12), S. 66–69; vgl. auch v. *Landenberg-Roberg/Sehl* (Anm. 11), S. 139–140.
- 16) *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 379–381; *ders.* (Anm. 9), S. 958; *Frieling* (Anm. 10), S. 2–4, 16; *Sehl* (Anm. 12), S. 27–43, 88–90.
- 17) *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), S. 1–318 (8, 59–67).
- 18) 参照、青井・前掲注 13) 253 頁：「制定法を（因果的な）結果として生み出した実質的な利益を歴史的に正しく認識すること、そしてこの認識された利益を顧慮することが、裁判官に対して要請される。すなわち、この実生活の重視というヘックの観点は、立法者の決定の基礎にある心理的意思や心理的動因などを超えて、かれの決定を動機づけた因果的要素（とりわけ利益状況）に探究の焦点を移すことを標榜する。そうすると、制定法の解釈にあたっては、立法者の表象を超えて、制定法を生み出す原由であった利益状況へと遡ることが重要となる。そこで、立法者は一種の変圧器 (Transformator) にすぎないという把握が登場する。」（下線は引用者）。
- 19) 参照、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同編『現代法学講義』（有斐閣、1978年）85–124 頁（92 頁）：「現代における主観説は〔中略〕、制定法に表現された規範の意味——諸観念、利益状態およびその衡量（評価）、立法目的、法的諸原理を含む——を、立法者の意識的意思・観念のみでなく、無意識的にせよ前提された諸条件を基礎として確定しようとする（だからいわゆる立法資料はその認識のための一つの補助手段にすぎない）。したがって制定法規範を制定当時の歴史的地平圏において解釈しようとするものであるから、「歴史的解釈」とよばれるべきである。」（下線は引用者）。
- 20) ヴィッシェマイヤーとゼールにおいては、そもそも特に言及がない。他方、フリーリングは、ヘックの利益法学における「立法者意思」の捉え方や立法資料の使い方（立法者の活動の契機となった社会的コンフリクト・利益対立に関する情報源としての立法資料；vgl. *Heck* (Anm. 17), S. 105–120, bes. 110–111）に対して、それは「立法者意思」や立法資料に関する本質的な問いを回避する「巧妙なトリック [Kunstgriff]」であると批判している（*Frieling* (Anm. 10), S. 66–67）。もっとも、このような批判の可否をヘックに即して内在的に検討する準備はない。さしあたり、「立法者意思」と立法資料に関する利益法学的な理解が、最近の学説ではそれほど支持を得ていないことを確認できれば十分としたい。
- 21) 戦後初期の方法論学説では（法解釈の目標は現在の時点における法律の合理的な意味を客観的に明らかにすることである）とする「客観説」の立場が主流となったが、その後、次第に「主観説」が勢力を強めていった。こうした経緯についてのごく簡単な概観として、*Schröder* (Anm. 15), S. 179–181, 193–194; s. auch *Frieling* (Anm. 10), S. 48–49.
- 22) 憲法と法解釈方法論の関係について、より詳しくは、*Christian Waldhoff*, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: *Holger Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“* (Anm. 6), S. 75–93 (82–87).
- 23) So z.B. *Dirk Looschelders/Wolfgang Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Duncker & Humblot, Berlin 1996, S. 46–47; *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, S. 354–355; s. auch *Holger Fleischer*, Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: *ders.* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“* (Anm. 6), S. 1–44 (7–8); *Ralph Alexander Lorz*, Die Gesetzesauslegung im Blick des Gesetzgebers?, in: *Christian Baldus u.a.* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Anm. 7), S. 87–110 (97–99).
- 24) 以上につき、*Frieling* (Anm. 10), S. 23–25, 131–132.
- 25) *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 372–374; *ders.* (Anm. 9), S. 959; *Sehl* (Anm. 12), S. 19–20, 97–99; vgl. auch v. *Landenberg-Roberg/Sehl* (Anm. 11), S. 142–144. なお、ヴィッシェマイヤーは、「立法者意思」（民主的「意思」形成）が単なるフィクションにすぎないとするならば、そのような空虚で実体のないものが民主制理論の根幹に位置づけられ、法解釈方法論においても

尊重すべきであるとされるのは説明がつかない、という趣旨の疑問も呈している（ヴィッシェマイヤーによるフィクション説批判の主眼はむしろこちらにある）。この点については、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 227–228, 243–244, 374, 380; *ders.* (Anm. 9), S. 959. もっとも、これに対しては、そもそも「フィクション」とはそういうものであるとも考えられよう。すなわち、「法秩序にとって、法が擬制あるいは承認するものは、感覚的に知覚可能な世界内の実在する諸対象に全く劣らず存在する」(*Looschelders/Roth* (Anm. 23), S. 47) ともいえるのである。

26) *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 236–237, 374–377, 381, 382–385; *ders.* (Anm. 9), S. 960; *Sehl* (Anm. 12), S. 47–49, 99–100; vgl. auch v. *Landenberg-Roberg/Sehl* (Anm. 11), S. 136–138.

27) ヴィッシェマイヤーが主に参照している著作として、*Christian List/Philip Pettit*, *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*, Oxford University Press, Oxford 2011.

28) 以上につき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 239–242, 245–250, 382–385; *ders.* (Anm. 9), S. 962–964. ところで、集団の意思決定はそれを規律する手続規則等の内部規則いかにによって左右され、集団を構成する諸個人の意図・選好の総和を必ずしも正確に反映しないことは、すでに公共選択論 (Public-Choice-Theorie) の主張するとおりである。しかし、公共選択論はそれゆえに集団的な意思 (としての「立法者意思」) を非合理的なものとして否定的に捉えるのに対して、ヴィッシェマイヤー (の依拠する理論) は、いわばそれを逆手にとり、内部規則に基づく集団的意思決定が集団の構成員の意図・選好の総和を反映しない——つまり集団の決定が集団固有の論理に基づくものであり、集団を構成する諸個人の意図・選好との直接の関係は切断されている——とするなら、そのような決定の責任は、構成員個人にはなく集団それ自体に帰属する、と解するのである。公共選択論については、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 230–236, 240–241; *ders.* (Anm. 9), S. 962; s. auch *Frieling* (Anm. 10), S. 140–143; *Sehl* (Anm. 12), S. 117–121.

29) ゼールが主に参照している著作として、*Michael E. Bratman*, *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge University Press, Cambridge 1999. なお、ブラットマンの見解を参照する邦語の法学文献として、仲道祐樹「犯罪論における計画——ブラットマンと開けるブラックボックス」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014年) 175–186頁、および、杉本一敏「意思連絡について」同書 221–231頁、がある。

30) *Sehl* (Anm. 12), S. 48–49. 以下の内容につき、v. *Landenberg-Roberg/Sehl* (Anm. 11), S. 150–166 も参照。

31) *Sehl* (Anm. 12), S. 75–76, 79–80, 84. 用語法について、若干の補足が必要であろう。ドイツの伝統的な法解釈方法論では、文理解釈、体系的解釈、歴史的解釈、目的論的解釈という四つの解釈方法の組み合わせが法解釈における基本的な準則とされてきた。ここまでは日本でも周知のことであるが、現在のドイツでは、歴史的解釈をさらに二つに分けて、「発生論的解釈 [genetische Auslegung]」と (狭義の)「歴史的解釈 [historische Auslegung]」を区別する見解がみられる。前者の「発生論的解釈」は、本文でも紹介しているように、立法者が法律の条文に与えた具体的な意味、あるいは当該の条文に関する立法者の意思や観念を、立法過程に即して立法資料から明らかにしようとするものである。他方で、それとは区別された意味での「歴史的解釈」が何を指すかについては、必ずしも見解の一致がなく、現行の規範の文言を過去の先行する規範の文言と比較すること (新旧のテキスト比較により過去の法状態を明らかにすること) をいうとする見解 (*Friedrich Müller/Ralph Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 11. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2013, Rn. 360)、先行する規範についての学説・判例の分析も必要であるとする見解 (*Looschelders/Roth* (Anm. 23), S. 155–157)、あるいは、「発生論的解釈」以外の種々の (一般的) 歴史的論拠に基づく解釈を広く「歴史的解釈」に含める見解 (*Schröder* (Anm. 15), S. 207–208) などがみられる。以上のことにつき、*Wischmeyer* (Anm. 9), S. 958 Fn. 13; *Frieling* (Anm. 10), S. 10, 39–40; *Sehl* (Anm. 12), S. 77–79. なお、こうした区別がもちうる意義については、後で述べる (→5 (2))。

ところで、「genetische Auslegung」というドイツ語表現については、おそらく法学系では定着した翻訳がない。本稿は、当初の脱稿時点では「発生的解釈」と翻訳していたが、管見の限り、他の分野では「発生論 (的)」という表現が比較的多いように思われることから、校正時に、〈法律をその成立過程の観点から論じる解釈〉といったような趣旨で「発生論的解釈」と翻訳するように改めた。ただし、なお検討を要するかもしれない。

-
- 32) *Sehl* (Anm. 12), S. 106–149. なお、ゼールのいう「共有意図」は、集団の構成員の意図が相互のコミュニケーションによって「調整 [koordinieren]」され「噛み合っ [ineinandergreifen]」いる「状態 [Zustand]」を指しており、それは個人の選好の単純な総和に完全に解消されるものではなく、またそのような「状態」の限度でのみ集団の意思を語ろうとするものである、つまりその限りで「集団」の次元が必要になる、とされている (S. 117–122)。もっとも、法律の文言の具体的な意味に関する「共有意図」の存在は法律の可決のために必須の要件でなく、最低限、法律の文言それ自体に関する「共有意図」があれば、共同行為としての立法は成立する。議決対象はあくまで法律の文言であり、「この文言でよい」ということについて所定の多数の賛成が得られれば法律を可決できるからである。それどころか、実際の立法において文言の具体的な意味のレベルで「共有意図」が存在することはきわめてまれであるというのだが、このことはそのような「共有意図」が理論的に存在するというを排除しない、とゼールは述べている (S. 112–117, 125–127)。そうすると、理論的にはともかく、実際に発生論的論証が成功することはほとんどない。この点、ゼールは、発生論的論証の合理化のためには自制もやむをえず、また、成功の可能性が非常に低いだけに、厳格な基準をクリアして論証が成功した場合の説得力は高い (ただし文言には劣後する) と主張するのであるが (S. 146–149, 245–246)、発生論的論証の理論的な構造を確立しようとして、かえって自滅的な結論になってはいまいかと疑問に感じざるをえない。
- 33) *Sehl* (Anm. 12), S. 90–93, 187–195, 202–203, 228–234, 247–249. なお、この「推定規則」(経験則)の基礎づけに関しては、議会の意思形成過程の実情に関する他分野の研究、特に英米の政治学の研究が活用される (S. 156–164, 194–195)。具体的には、議会の委員会の段階での意思形成が特に重要視され、それが発生論的論証の最低限の基準設定にも活用されるのであるが (S. 228–230)、これについては、本文で後述するところを参照 (→ 3 (2))。
- 34) ヴィッシュマイアーからゼールに対する言及・批判として、*Wischmeyer* (Anm. 9), S. 960–962; その逆として、*Sehl* (Anm. 12), S. 101–106; vgl. auch v. *Landenberg-Roberg/Sehl* (Anm. 11), S. 145–150. また、フリーリングは、ヴィッシュマイアーの見解について、法的フィクションとしての理論構成と実質は異ならないとする (*Frieling* (Anm. 10), S. 133–135)。
- 35) なお、ゼールの著作に対する裁判官 (連邦社会裁判所裁判官) の書評として、*Wolfgang Spellbrink*, *Buchbesprechung*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 36/2020, S. 2612. そこではゼールの行論や言葉遣いのわかりづらさに苦言が呈されている。
- 36) 立法に関与した議員や立案担当者の証言 (裁判所における証人尋問) を証拠として「立法者意思」を認定することの可否や問題点については、*Fleischer* (Anm. 23), S. 15–18; *Frieling* (Anm. 10), S. 202–205; *Sehl* (Anm. 12), S. 170–171.
- 37) なお、議会が議決の対象とするのは法律 (案) の文言 (のみ) であり、立法資料は議決の対象ではないということを理由として、立法資料は法解釈において参照すべきでないとか、立法資料の記述に基づいて文言の修正をしてはならないとする批判もあるが、それはあまり当を得たものとは思われない。本稿で取り上げた論者たちにおいても、立法資料に法律の文言以上の権威を与えようとしているわけではないし、また、仮に立法資料の参照を禁止して文理解釈を重視するとしても、そうした立場において文言の意味を明らかにする際に一般に使用される辞書などもまた、やはり議会が議決したものではないからである (議会が議決したもの以外には何も参照してはならないというのであれば、「解釈の禁止」に等しい)。以上のことにつき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 384 Fn. 276; *ders.* (Anm. 9), S. 958 Fn. 19, S. 963–964; *Frieling* (Anm. 10), S. 174–181. また、関連して、解釈の結論が文言上可能な語義の範囲にとどまる限り、立法資料を手がかりとする解釈が、法律の文言に対する一般市民の信頼を害することには基本的にならないはずであると考えられることについては、*Frieling* (Anm. 10), S. 186–187.
- 38) 以上につき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 385–388; *ders.* (Anm. 9), S. 963.
- 39) 以下、*Wischmeyer* (Anm. 9), S. 964–965, 966.
- 40) 以下、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 389–394; *ders.* (Anm. 9), S. 965. 本文の以下の箇所におけるドイツの立法過程の描写は、ヴィッシュマイアーによる説明を (若干補足・再構成しつつ) 要約するとどまり、ドイツの立法や議会に関する諸々の独語文献 (かなりの量に上る) の記述に照らしてその説明の妥当性を細かく検証することまではできなかったことをお断りしておく。なお、このことは、ゼールやフリーリングの見解の紹介についても同様である。

また、ドイツの立法過程や議会制度に関する基礎的な邦語文献として、以下のものも適宜参照している：古賀豪「ドイツ」大石眞＝大山礼子編『国会を考える』（三省堂、2017年）119-150頁（なお同書318頁には、法律案の提出件数・成立件数と、提出機関別の内訳を示す資料がある）；大森政輔＝鎌田薫編『立法学講義〔補遺〕』（商事法務、2011年）458-471頁〔服部高宏執筆〕；山口和人「ドイツの立法過程」中村睦男＝大石眞編『立法の実務と理論 上田章先生崑寿記念論文集』（信山社、2005年）565-599頁；小林公夫「ドイツの議会制度」調査と情報1055号（2019年）。なお、特に連邦政府提出法律案の立法過程に関する論考として、齋藤純子「ドイツの立法過程と政府の役割」議会政治研究17号（1991年）21-25頁；片桐直人「ドイツにおける政府提出法案の起草過程とその規律」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望——法形成をめぐる政治と法』（尚学社、2016年）186-208頁；赤坂幸一「ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査—ベルリン調査報告—」レファレンス794号（2017年）67-86頁、も参照。

- 41) 連邦政府の各省は、基本的に、「局〔Abteilung〕」と「課〔Referat〕」によって構成される。かつては課の長（Leiter）のことを「Referent」といい、課を基本的単位として作成された草案であることからそれを「Referentenentwurf」という（同義で「Referatsentwurf」という表現が用いられることもある）。ただし、現在では課の長を「Referatsleiter」（課長）といい、「Referent」といえば、課に属する専門的な役職（旧称は「Hilfsreferent」）のことを指すようであるから複雑である。以上につき、*Ekkehard Handschuh, Gesetzgebung. Programm und Verfahren, 4. Aufl. 1991, S. 43.* このような経緯からすると、「Referentenentwurf」は「所管課草案」あるいは「担当課草案」などと翻訳するべきであろう。「参事官草案」という翻訳も散見されるが、しかし「Referent」（現在の「Referatsleiter」）は「課長」なのであるから、あえて（課長級のポストとはいえ）「参事官」と翻訳する合理的な理由は見出せないように思われる。
- 42) 特に、重要な法律案に関しては、事前に世論や利益団体などの反応を得るために、所管課草案の段階で観測気球的に公開されることはあるようである。この点については、*Frieling (Anm. 10), S. 28.*
- 43) 法律案の記載事項については、*Sehl (Anm. 12), S. 175-176.* 片桐・前掲注40) 191-192頁も参照。
- 44) *S. auch Sehl (Anm. 12), S. 174-175, 219-220.* 特に、第一読会では、討論が行われる場合でも、その対象は法律案の基本原則についてのみであり、内容に関する動議は提出できない。
- 45) この点については、*Wischmeyer (Anm. 8), S. 387.*
- 46) 実際のところ、「連邦政府は、連邦政府提出法案の骨子について与党党派と事前に調整しているが、それでも法案がなんらかの形で修正されることがほとんどである。また、特に連邦参議院で野党党派が多数を占める状況においては、野党党派の意見が採用されることも稀ではない」（古賀・前掲注40) 134頁；vgl. auch *Sehl (Anm. 12), S. 176.*）とはいえ、委員会に対して政府側が無力なわけでもない。委員会審査における政府閣僚・行政官僚の関与とその影響力については、服部高宏「ドイツの立法過程にみる政党と官僚」議会政治研究34号（1995年）50-58頁（57-58頁）が詳しい。特に、法律案の修正に関して、服部は「行政官僚は法案の修正案を作成する際の法文調整機能を果たす。これは一見したところ単なる形式的・技術的作業に見えるが、文言の書き方一つで法文の意味合いが変わってくるため、その影響力は看過できない」と指摘する。こうした法律案の修正に関する官僚による補助・協力を「起草補助〔Formulierungshilfe〕」というが、これについては、山口・前掲注40) 586頁も参照。
- 47) 齋藤・前掲注40) 24頁によれば、「委員会を非公開とする理由については、各委員が何ものにもとらわれずに自由に発言し、集中的に討議し、最善の解決法を見出すことを容易にするためとされている。親密な雰囲気でのフランクな討論が委員会審議の理想像とされているのである。確かにこれは妥協を可能にし、合意の形成を容易にするだろう。一般国民を意識してことさら差異を際立たせようとする、レトリックを駆使した本会議での討論や対決姿勢とこれは鮮やかな対照をなしているといえる」。なお、こうした非公開の趣旨に関する憲法的考察として、前裕大志「議会審議非公開の憲法原理的省察（一）・（二・完）——ドイツ連邦議会の委員会審議を例として——」阪大法学67巻5号（2018年）139-163頁・同6号（同年）201-220頁。また、非公開で実施された委員会審議の議事録の秘密保持上の取扱いにつき、前裕・同（一）155頁（注12）を参照。

48) *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 394; *ders.* (Anm. 9), S. 965, 966.

49) Vgl. *Frieling* (Anm. 10), S. 205–208; *Sehl* (Anm. 12), S. 171–182, 203–226. 議事録に記録された議員の発言が「立法者意思」の根拠となる例外的な場合としては、本会議（第二読会）で修正動議（*Änderungsantrag*）が提出され、多数の賛成を得て承認された場合が挙げられる。その場合、当該の動議を提出した議員が提出の理由として述べたことが多数派の議員に受け入れられたと考えられ、それゆえ、動議によって変更された箇所については動議提出者の発言を記録した議事録の参照が必要となる。以上につき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 394; *Frieling* (Anm. 10), S. 208; *Sehl* (Anm. 12), S. 221–222.

なお、連邦憲法裁判所も、最近の判例（注2の末尾を参照）において、参照されるべき立法資料として具体的に法律案の理由書、連邦参議院・連邦政府の意見、委員会報告書を挙げており（BVerfGE 149, 126, Rn. 74）、その点に関しては本稿で紹介した学説上の見解とほぼ相違がない。

50) 以下、*Sehl* (Anm. 12), S. 142–145, 177–182, 205–215.

51) 委員会報告書の記載事項につき、*Sehl* (Anm. 12), S. 179–180. 大雑把にいえば、まず（法律案提出時の理由書におけるのと同様の）表題部（*Vorblatt*）があり、そこで課題と解決策、各種費用等についての概括的な説明がなされる。次に、本会議に対する議決勧告（*Beschlussesempfehlung*）の部分が続き、ここでは委員会審査で当初の法律案の文言がどのように変更されたかが明示される（大規模な法律案の場合は対照表の形式がとられる）。それに続くのが報告（*Bericht*）の部分であり、ここではまず手続の経過（主務委員会以外の関連委員会の意見、公聴会の実施状況、提出された修正動議の内容と提出理由なども含まれる）がまとめられた後、当初の法律案の文言に変更が加えられた箇所についての逐条的な理由説明が続く（特に重要なのがこの逐条説明の部分である）。そして最後に（あるいは逐条説明の前に）、少数会派の意見も含めて、会派ごとの意見が要約される。

52) この点については、*Sehl* (Anm. 12), S. 217–218.

53) 「*Berichterstatter*」については、「報告者」や「報告担当者」という翻訳もみられるが、委員会における役職であることを示す意味で「報告委員」と翻訳しておきたい。なお、報告委員といっても、その役割は最終的な報告書の作成に尽きるものではなく、審査対象である法律案の分野に関する専門の議員という立場から、意思形成の内容に関しても重要な役割を果たす。簡単には、大森＝鎌田編・前掲注40）468頁【服部】、山口・前掲注40）579、585–586頁を参照。

54) ただし、報告書の作成に関しても、当該の法律案を所管する省の行政官僚の関与がある。この点については、*Ulrich Seibert*, „Gesetzesmaterialien“ in der Gesetzgebungspraxis, in: Holger Fleischer (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“* (Anm. 6), S. 111–126 (124).

55) S. auch *Frieling* (Anm. 10), S. 33–34. 少なくとも重要な法律案については会派ごとに1名ずつ報告委員を出す、とする文献もある（*Wolfgang Ismayr*, *Der Deutsche Bundestag*, 3. Aufl., Springer, Wiesbaden 2012, S. 178）。

56) 山口・前掲注40）583頁によれば、「法案は、各会派で検討されるが、その検討は、それぞれの専門分野ごとに会派内に設置された作業部会を中心に行われる。連邦政府と同様、会派においてもまた専門化、分業化が進んでおり、特定分野の法案についての所管の作業部会幹部の発言権はきわめて大きい」。会派の構造や、会派中心の議会運営の仕組みについては、古賀・前掲注40）125–126頁、服部・前掲注46）52頁も参照。

57) 以上、作業部会を中心とする会派（特に与党会派）の意思決定過程については、本文には盛り込めなかった点も含め、特に次の文献が簡便かつ啓発的であった：*Helmar Schöne*, *Steuerung und Fraktionsmanagement von Regierungsfractionen: „Die Mehrheit muss stehen“*, in: Karl-Rudolf Korte/Timo Grunden (Hrsg.), *Handbuch Regierungsforschung*, Springer, Wiesbaden 2013, S. 381–389. なお、与党会派においては、連立政権を組むパートナー政党との協議や、政府側との調整（担当省庁の官僚が与党会派の作業部会に出席して法律案の内容を説明するなど）も行われる（*Sehl* (Anm. 12), S. 211, 215–216; vgl. auch *Seibert* (Anm. 54), S. 124）。この点、邦語では、山口・前掲注40）587頁が、「各会派の立場は、委員会審査に先立って、連立協議や会派内の審議の段階ではほぼ決まって」いるという指摘があることに触れている。他方で、「フランス、ドイツ、イタリアなど多くの国の議会では、内閣提出法案の審議過程において与野党双方の議員から多数の修正案が提

-
- 出されている。〔中略〕外国の議会では、日本では事前審査で処理されてきたような政府・与党間の合意プロセスが議会内の委員会に持ち込まれ、委員会で野党も交えて実質的な審議が行われているわけである」（大山礼子「国会の機能と手続をめぐる問題」大石眞＝同編『国会を考える』（三省堂、2017年）282-307頁（297頁））という見方もある。
- 58) なお、こうした理論構成は、本会議による委員会報告書の「受容〔Aneignung〕」という先述したヴィッシェマイヤーのような擬制的な考え方とは異なるとされる（*Sehl* (Anm. 12), S. 207）。なお、政策領域ごとに分化・専門化した分業的な体制の下では、会派の全議員が法律案について同程度の内容的認識を有することは必須でなく、他の作業部会で形成された立場を信頼してそれに任せるという程度の最低限の意図で足りるのであり、そのような修正された意味ではなお「共有意図」を語るることができる、すなわち議員の中で法律案に対する認識にいわば「濃淡」があることは「共有意図」の成立の妨げにはならない、とも論じられている（*Sehl* (Anm. 12), S. 142-145）。
- 59) 先述したように（→3（1））、その後の本会議討論は各会派の立場や意見の相違を対外的に明らかにするためのものであって、法律案の内容に関する意思形成の場ではないと考えられる（*Sehl* (Anm. 12), S. 213-214, 220）。
- 60) *Sehl* (Anm. 12), S. 228-232。なお、連邦議会議員が法律案を提出する場合は、提出者が理由書を添付するほか、委員会報告書も作成される。ただし、事前に法律案を連邦参議院に送付してその意見を求める手続はとられない。
- 61) 以下、*Frieling* (Anm. 10), S. 135-136, 211-212。
- 62) この点については、*Frieling* (Anm. 10), S. 143-147。フリーリングも、ゼールと同様、会派における分業的な意思形成とその共有の仕組みに着目する。なお、フリーリングはここで「全体〔Gesamtheit〕」という言い方をしているが、その後の別の箇所では、法律を可決した「多数派〔Mehrheit〕」の共通理解が問題とされている（S. 206）。
- 63) 以下、*Frieling* (Anm. 10), S. 153-162, 168-169, 212-213。ただし、権力分立論そのものについて何か新規性のある主張がなされているわけではなく、従来の議論が簡単になぞられているにとどまり、憲法論として特にみるべき点はない。フリーリングの見解において重要なのは、本文で後に述べるように、権力分立原則を方法論的な主張と具体的に結びつけた点である。なお、立法と裁判の関係をめぐる権力分立論の展開については、北村・前掲注2）157-190頁も参照。
- 64) 以下、*Frieling* (Anm. 10), S. 105-120, 169-173, 213-215。
- 65) この点については、*Frieling* (Anm. 10), S. 162-166も参照。フリーリングは、憲法上の理由から「客観説」に反対し、「主観説」が正当である（法律の解釈においては立法者意思が基準であるのでなければならない）と主張する。なお、別の論者によるものであるが、これと同趣旨の主張の分析・批判として、北村・前掲注2）267-287頁を参照。
- 66) 法律の解釈が裁判所の専権事項であることを強調すれば、裁判所は法律の解釈においておよそ「立法者意思」に拘束されないと解する方が一貫するかもしれない。また逆に、裁判所が法律の解釈において「立法者意思」を尊重することが憲法上重要であると考えれば、法律の制定後の議会の態度も顧慮する必要があると考えることも不可能ではない。フリーリングの見解では、裁判所の解釈権限は、法律の制定過程で示される「立法者意思」には劣後するが、制定後の立法者の見解には優位するということになる。しかし、筆者も結論としてそれに賛成しないわけではないが、その基礎づけには慎重な考慮を要するのではなからうか。とはいえ、ここで立ち入った理論的考察を行う用意も紙幅もない。
- 67) 第五の類型（および第四の類型も）については、法的安定性（信頼保護）の観点から「立法者意思」として拘束力を認めるべきか否かが論じられている（*Frieling* (Anm. 10), S. 119, 184-186, 215）。そこでは、そもそも事実立法者の認識いかんにかかわらずその存否を客観的に判定することができるから、事実に関する立法者の認識について拘束力を語ることは困難であると指摘されるとともに、立法者が立法の前提として想定していた事実が事後的に消滅した、あるいはそもそも事実認識が誤っていたという場合において、法律は立法者の想定や認識が正しかった限度でのみ文言どおりに妥当するとか、あるいは「立法者が事実を正しく認識していたら」という仮定のもとで（いわゆる「推定的立法者意思」に従って）再解釈するといったことは、法的安定性（信頼保護）の要請に反するから、第五の類型（立法の前提事実に関する言明）を「立法者意思」と評価することはできない、とされている。

-
- 68) もっとも、法律の留保（本質性理論）の観点から、いかなる範囲において委任が許容されるかは別に問題となりうる。とはいえ、原則として立法の委任が可能であることは否定されない。裁判所による法形成と法律の留保（本質性理論）の関係については、北村・前掲注2) 226-263 頁も参照。
- 69) ただし、フリーリングは、通説的な方法論学説を形成したカール・ラーレンツの所説においてすでに、「具体的規範観念」と「基本的意図〔Grundabsicht〕」の区別がみられることを認める（Frieling (Anm. 10), S. 63-64; vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg/New York 1991, S. 328-333）。従来は特に注目されてこなかったこの区別を、フリーリングが意識的に精緻化したものと理解することができよう。なお、邦語でもすでに、石田・前掲注4) 23-25 頁において、ラーレンツによる区別が下敷きになっているようである。
- 70) この項目については、川崎政司「国会審議の機能と評価に関する一考察（三）・（四）」議会政治研究 77 号（2006 年）94-100 頁・78 号（同年）69-74 頁に多くを負う。そのほかにも、日本の立法資料の実情と調べ方については、大山礼子「国会情報」浦田一郎＝只野雅人編『議会の役割と憲法原理』（信山社、2008 年）143-161 頁；宍戸伴久「研究・実務に役立つ！リーガル・リサーチ入門 第9回 立法過程」情報管理 56 巻 3 号（2013 年）166-172 頁、も参考になる。
- 71) 川崎政司「立法プロセスの裁判所による法的統制の可能性と限界」法学研究 91 巻 1 号（2018 年）171-202 頁（187 頁）は、「日本では、国会資料よりも、起草者意思を示し得る審議会の資料、立案担当者が書いた解説書などが重視される傾向が強かったということができ」とする。裁判所における立法資料の利用状況につき、より詳しくは、川崎・前掲注 70)（四）69-72 頁を参照。さらに、アントニン・スカリア（中川丈久訳）「法律解釈における立法史の利用について～議会意図の擬制による司法の責務放棄～」ジュリスト 1129 号（1998 年）77-86 頁（84 頁 [訳者解説]）によれば、「われわれが法律上の議論をかわすときに「立法者の意図（趣旨）」という言葉を用いる場合も、筆者 [訳者] の印象では、国会ないし議院や議員ではなく、その他の立案関係者、たとえば審議会委員、法案を起草した担当課職員等を指し、彼らが歴史的・現実の有した（はずの）組織的意図を指す用法が圧倒的と思われる。」（亀甲括弧内は引用者）。
- 72) 参照、川崎・前掲注 70)（三）97 頁：「現実の国会審議では、法律案の全体あるいは一部の規定について議論を行うことなく、可決され法律が成立することもあるが、この場合には立案者の意図は審議では何も示されないことになる。そして、そのような場合には、立法者である国会は立案者の意図を包括的に受け入れたものとみなし、国会審議の外（例えば、立案時の資料、審議会の答申・会議録、立案担当者による法律の解説書など）で示された立案者の意図に対しても立法者意思と同視しうるような位置づけを与えることが許されるかどうかが問題となってくる」。また、下山・前掲注 4) 17-18 頁も参照。さらに、白川・前掲注 4) 218 頁は、「内閣提出法案について、提案者意思＝立法者意思という図式を安易に認めることは、行政の意思による法解釈とこれに基づく制度運用を正当化しかねないという問題をはらんでいる」と指摘する。なお、「起草者の意思」を「立法者意思」とは明確に区別しつつ、前者を後者と価値的に同一に（「準立法者意思」として）取り扱う可能性を肯定するものとして、すでに、石田・前掲注 4) 18-19 頁がある。
- 73) 宇佐美・前掲注 4) 277 頁は、「[起草者の] 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」考え方を「受容仮説」と的確に名づける。なお、宇佐美自身は、「受容仮説」などの従来の見解を批判したうえで、「有用性からの議論」（同 280 頁）を提案している。すなわち、宇佐美は、「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」（同 296 頁）などとし、「[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」（同 297 頁）と結論づける。法律を理解するための手がかりとなる「有用な言明」である限りその言明の主体に拘泥することなく参考にするというのは一つのありうる立場であるが、そこでいう「有用な言明」であるか否かをどのように判定するのが問題となろう。また、現実の立法において、起草者が「専門的所見をもっていると期待できる」のかどうか、疑問がないではない。

74) 前田達明「法解釈方法論序説」(初出 2012 年) 同『続・民法学の展開』(成文堂、2017 年) 1-37 頁 (23 頁) は、「立法者意思の確定方法」の「典型的な図式」として、国会で内容的に審議されなかった条文については委員会の意思を国会が受容し、委員会でも内容的に審議されなかった条文については起草段階の法制審議会等の意思を委員会が受容し、法制審議会等でも内容的に審議されなかった条文については起草者の意思を法制審議会等が受容した、と逆行していく。曰く、「特に内容について審議されなかったということは、先の段階での内容に異議がないことを示しており、その審議の「意思」をもって立法者意思と確定し得るのである(先の段階での審議を当然の前提として次の審議が行なわれるべきだからである)」というのであるが、そこまで断言してしまってよいかどうか、疑問が残るように思われる。

なお、ドイツでは前田の見解(あるいは前注の「受容仮説」)に類似する考え方のことを「協約説〔Paktentheorie〕」という。これに対する批判として、*Wischmeyer* (Anm. 9), S. 958; *Sehl* (Anm. 12), S. 29-30, 226-228. 他方、協約説に(少なくとも部分的に)肯定的な見解として、*Looschelders/Roth* (Anm. 23), S. 158-159; *Fleischer* (Anm. 23), S. 15; *Frieling* (Anm. 10), S. 140, 152. 邦語では、青井・前掲注 13) 481 頁も協約説に肯定的である。また、協約説の歴史的起源(「協約」という奇妙な名称の由来)とその後の受容状況については、*Frieling* (Anm. 10), S. 43, 51-54.

75) 参照、宍戸・前掲注 70) 169 頁。

76) 参照、下山・前掲注 4) 18-19 頁。

77) 公開の歴史的経緯も含めて、大山・前掲注 70) 144-149 頁が詳しい。

78) より詳しくは、川崎・前掲注 70) (三) 97 頁を参照。また、同(四) 71 頁は、「諸外国の議会にみられるような法案の逐条審査のプロセスを欠いていることは、解釈に結び付くような議論を国会審議に見出すことを一層困難なものとしている面があるとはいえないだろうか」と指摘する。まさにそのとおりであろう。

79) すでに日本の学説でも同旨、川崎・前掲注 70) (三) 96 頁:「議員は、議院や委員会を構成し、その活動を実際に担い遂行するものではあるが、本来的な立法主体とはいえず、その個々の行為や発言が直ちに組織的な意思となるわけではない。また、構成員以外の者として審議のため本会議や委員会に出席して答弁等を行う国务大臣、副大臣、大臣政務官、政府特別補佐人、政府参考人、発議者である議員、参考人などは、もちろん議院や委員会の行為や意思を構成するものではない」。また、同 97 頁でも、「立案者の意図は、国会審議で表明されたことだけをもって直ちに立法者意思と同視できることになるわけではな」とされている。そのほか、阿部・前掲注 4) 63 頁も「国会審議における断片的な発言では立法者意思とは言えない。ましてその基礎となった行政レベルの検討部会などでの断片的な説明では、立法者から遠いのであるから、民主国家における立法者意思とは言えない」とする。

80) 川崎・前掲注 70) (三) 96-97 頁によれば、「実際には、委員会報告書の作成は委員長に一任されることが多く、委員会としてその内容を確認したものではなく、「しかも、委員会報告書では委員会の議決の内容・理由・費用等の簡明な説明がなされる〔…〕ことになっているものの、委員会の審査が実質的にはすべて公開され、委員会議録に記録されていること、その内容の中立公正さが重んじられていることなどもあって、欧米諸国の議会に比べて内容的にかなり簡潔なものとなっており、委員会報告書が立法者意思を探求する上で重要な資料とされることが多いそれらの国とは異なり、我が国では法律の解釈の際にそれに目が向けられることはほとんどないようである」。また、大山・前掲注 70) 154 頁は、「実際には報告書の名に値するものは作られていない」と手厳しい。さらに、下山・前掲注 4) 19 頁も、「法案審査にあたった委員会の報告書は、各議員に配布されるが、その内容は議決の理由・費用等について簡単に説明するもの〔…〕であって、詳細な記述がなく、立法者意思の詳細な確認には向かない。しかし今後、規則改正を含め、より詳細な報告書作成が望ましい」とする。

81) 川崎・前掲注 70) (三) 96 頁は、委員会は「立法者に準じるものということができ、その意思は実質的に立法者意思と同視できることが多い」、「多くの場合は、委員会の意思とされるものは議院において受容されたものとみなして、立法者意思と同視することが可能ということになってくるだろう」とする。また、下山・前掲注 4) 17 頁も、「法案は委員会審査が中心となるから、委員会での審査を踏まえその意思を把握し、それが本会議で受け入れられれば基本的には

立法者意思と理解しても良さそうである」という。なお、「委員会の意思」を「立法者意思」と価値的に同一に取り扱うための条件を論じるものとして、すでに、石田・前掲注4) 17-18 頁がある。

- 82) なお、委員会は、法律案の可決または修正議決の後に「附帯決議」を行うことがある。竹中治堅監修／参議院総務委員会調査室編『議会用語事典』(学陽書房、2009 年) 168 頁によると、附帯決議が行われる理由にはいくつかあるが、その中には「当該法律に含まれる条文について審査を行った委員会として有権解釈を表明する」とか「当該法律の施行及び運用について内閣に要請又は要求を行う」といったことも挙げられている。法解釈における附帯決議の位置づけについては、川崎・前掲注70) (三) 96 頁、同 (四) 72 頁；下山・前掲注4) 20 頁を参照。そうした附帯決議を「立法者意思」の表現とみる余地はあるように思われるが、しかし附帯決議に頼るよりは法案審議の中身そのものと立法資料を充実させることの方が重要であろう。
- 83) 川崎・前掲注70) (四) 72 頁。なお、大山・前掲注70) 156 頁によれば、委員会の審議の参考として、「各省庁が内閣法案の説明資料として提出したもの、委員会の要求に応じて提出されたもの、委員会調査室が作成した参考資料など」のさまざまな資料が配布されるが、「これらの文書には入手の難しい貴重な情報が記載されている場合が多く、諸外国であれば、委員会報告書に掲載されるか、あるいは議事文書などとして議会から公刊される内容のものが含まれていると考えられる」という。したがって、情報量が少ないといっても、より正確に言えば、内部資料としてはそれ相応の情報が存在するが、法解釈の際に適切に利用可能な形で整備・公開されていないことが真の問題であるというべきかもしれない。また、法案審議に向けて行政側で作成される内部資料が国会に提出されるべきであると主張するものとしては、阿部・前掲注4) 64 頁も参照。なお、法案の担当省庁において作成される内部資料である「想定問答」や「逐条解説」の実情については、やや古いが、上村達男ほか「座談会 立法・立法学の現状と課題 (下)」NBL631 号 (1997 年) 16-26 頁 (18 頁 [山本庸幸発言]、19 頁 [大森政輔発言]) が参考になる。
- 84) 福永・前掲注4) 121-120 頁は、「立法者意思ではなく、起草者意思や目的規定が重視される理由は、立法資料の形成という面から見た日本の国会審議の実態が関係している。そこでは立法過程の効率性が重視されているため、与 (野) 党議員に対する法案提出前の事前説明による調整が一般化し、国会において法案に対する実質的な審議が行われず一方通行的な質疑が中心となっており、国会議事録から法案賛成者の詳細な意見を把握することは容易ではないこと、また独仏のように詳細な逐条説明書が法案に添付され逐条審査が実施されることもないことから、国会議事録だけで立法者意思を把握するのは困難だからである。行政法解釈における立法者意思の探索方法を議論する以前に、そもそも立法者意思を探索するコストという問題が存在していたのである」と指摘する。また、田尾・前掲注4) 37 頁も、「立法者意思・立法趣旨を解明する手掛かりとなる資料が十分に整っていない現状においては、文理に即した解釈や条文構造を踏まえた解釈によって紛争が解決されるならまずはそれに依拠すべきであり、立法者意思はそれのみでは一解釈方法としては存立しえない、参考資料という位置づけにとどまるのではないか」とする。
- 85) しかも、ドイツの立法資料は広く電子化されており、インターネットを通じたアクセスも容易である。それゆえ、〈立法資料の参照を要求すると法適用者に多大な労力を強いることになる〉という批判は、少なくともドイツの現代の立法に関する限りは、もはや説得力を失ったといつてよい。この点については、*Fleischer* (Anm. 23), S. 36; *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 379 Fn. 252; *ders.* (Anm. 9), S. 957 Fn. 8; *Sehl* (Anm. 12), S. 182-184.
- 86) もっとも、立法とはあくまで法律の条文を定めることであって、条文以外に何も語るべきではない、語りたことはすべて条文の中に表現しなければならない、という立場もありえよう。しかしながら、そこまで厳格に考える必然性もメリットも特にないように思われるし、実際にも、主に立法技術上の理由から法律の条文に書き込むことは難しいが、それでも条文に書き込めなかった立法の意図は明確に説明しておきたいとか、裁判所の法律解釈を立法者にとって望ましい方向に誘導し、あるいは立法者の思わぬ方向に進むことのないように予防線を張りたい、というようなケースもありえよう (vgl. *Sehl* (Anm. 12), S. 159-160; *Seibert* (Anm. 54), S. 113-121; *Peter Krebs/Stefanie Jung*, Optimierungspotentiale der Gesetzgebungsmethodik, in: Christian Baldus u.a. (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Anm. 7), S. 125-152 (140-141))。

そうしたケースにおいて、立法資料は、法律（の解釈）をいわば「微調整」するためのツールとしても活用できるはずである。なお、川崎・前掲注 70）（四）73 頁も、「国会審議の機能として、内容を吟味し問題点を質すことなどにより、法律の規定の趣旨・射程・限界などを明確にし、制定後のその解釈・運用などを枠付け、行政の逸脱や濫用などを統制することも重要な機能として再認識されるべきこと」を指摘している。

87) 類型化の観点としては、本稿で取り上げたもの以外にも、たとえば、過去の憲法体制下で制定され現行の憲法体制下でもなお妥当している法律（現在とは異なる立法制度のもとで制定された法律）については当然に別個の考慮が必要であり、また法律の性質・内容や法分野に応じた区別の必要性も問題となりうる。こうした点につき、*Waldhoff* (Anm. 22), S. 90–92. さらに、ドイツの立法では、連邦議会が法律案を可決した後、連邦参議院の同意がなければ法律が成立しない「同意法律」と、連邦参議院による異議申立ては可能であるが連邦議会は再度の議決で異議を却下して法律を成立させることができる「異議法律」という二種類の区別があり、それに応じた区別も必要になりうる（あるいは連邦議会と連邦参議院の合同委員会で協議が行われた場合の取扱いも問題となる）はずであるが、本稿では立ち入る余裕がなかった。日本でも、同じ法律の同じ文言について両院（の委員会）でそれぞれ異なる見解が示された場合には、それをどのように扱うべきかが、特に委員会報告書の記述が充実すればするほど、厄介な問題となってこよう。

88) ここで「立法者意思」の表現とみなしうるような議会の公式の文書・資料」といっているのは、「立法者意思」という概念の理論構成、ましてやその実在性にこだわる趣旨ではない。ここでの要点は、法律（の文言）それ自体ほどではないにせよ、議会の公式の文書として一定の公的な権威があるとみなしうる資料——いわば法律の「サブ・テキスト」といってもよい——と、そうではない資料を慎重に分けて考えたい、ということである。

89) このように「立法過程内在的解釈」と「歴史的解釈」とを区別した場合、法解釈の基本的要素は、法律の文理、体系、立法過程、歴史、目的の五要素に分けられることになる。なお、すでに笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009 年）4–8 頁において、文理解釈、体系（的）解釈、立法者意思解釈、歴史的解釈、「法律意思」解釈、という五つの分け方が示されている（そこでいう「立法者意思解釈」は「立法者が明示した立法目的、条文についてのかれの定義、かれによる、その条文の体系的な位置づけ・先例との関係づけ（＝先例はどうか；先例と違う場合、正当な理由があるか）等に従って意味を絞る」ものであり、また「歴史的解釈」は「その条文・それを含む関係法律がつくられた歴史的背景などの客観的な事実を参考にして意味を絞る」ものである）。本稿の提案は基本的にこれと同旨に帰するといってもよいが、しかし微妙に異なる点もあるように思われることから、本稿では笹倉の用語法には従っていない。

他方、すでに注 31 で触れたように、ドイツでは「発生論的解釈」と（狭義の）「歴史的解釈」の区別がなされるようになっており、それにならって「立法過程内在的解釈」ではなく「発生論的解釈」という表現を用いることも考慮に値しよう。しかし、「発生論的解釈」という表現は日本の法学説では一般的な表現でなく、しかも字面からその意味や趣旨がわかりにくいという批判もあるかもしれないので、本稿では採用していない。

最後に、あえて「立法過程内在的解釈」と称したのは、立法過程にかかわるさまざまな外部的な事情も幅広く考慮に入れるのではないということ、その点で「歴史的解釈」とは区別されるということを明確にするためである。

以上のような次第で、本稿では「立法過程内在的解釈」という表現を採用することにしたのであるが、しかし表現に改善の余地はある。暫定的な表現として理解されたい。

90) 法律の制定に至る経緯や歴史的な背景を明らかにするためには、あえて資（史）料の範囲を限定することなく、立法に関与した人物の著作・日記や証言、当時の新聞記事なども含めて、関連するものを幅広く参照することによってこそ、精密な研究が可能になろう（vgl. *Sehl* (Anm. 12), S. 72–74）。本文で以下に述べるように、本稿の提案は、そうした歴史研究（とそれに基づく「歴史的解釈」）の重要性を否定しない。

91) 実際、*Christian Baldus*, *Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen*, in: ders. u.a. (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Anm. 7), S. 5–28 のように、法解釈における「立法者意思」の重要性を主張する立場を批判する一方で、より広い意味において「歴史的解釈」が重要であることを主張する論者もみられる。

-
- 92) 仮に法解釈方法論の側が立法資料の活用に対して否定的、あるいはおごりな姿勢をとりつづけるならば、議会の側としても、法律制定後の法解釈を見据えて立法資料を整備・充実させる甲斐がないと感ぜられるに違いない (vgl. *Sehl* (Anm. 12), S. 164–168)。このような意味でも、立法のあり方と法解釈方法論の間には関連性があるのである。
- 93) 特に、立法には常に「妥協」がつきものであり、あえて法文の意味を明確にしないことが政治的に重要である場合も少なくなかろう。そうした場合には、立法資料から明確な答えが得られなくても仕方ない。ただし、そのような場合がありうるからといって、立法資料はおよそ全く役に立たないと解するのはやはり早計にすぎる（「困難」は「不可能」を意味しない）。以上につき、*Wischmeyer* (Anm. 8), S. 249–250; *Frieling* (Anm. 10), S. 148–150; *Seibert* (Anm. 54), S. 119。
- 94) Vgl. *Wischmeyer* (Anm. 8), S. 381–382; *Sehl* (Anm. 12), S. 69–71。本文で述べたことは、「ミクロの方法 [Mikromethode]」の必要性を主張するゼールの見解を下敷きにしている。なお、ドイツでは実際のところ、法解釈の目標をめぐる主観説と客観説との理論的な対立の中で、いわば理論的な「空中戦」にばかり力が注がれる一方、立法資料から「立法者意思」を究明するための方法はいかにあるべきかという實際上重要な問題については、客観説はもちろん、主観説の側からも突き詰めた考察がなされてこなかった。この点につき、*Frieling* (Anm. 10), S. 12, 80–82, 90; *Sehl* (Anm. 12), S. 64–66, 90。
- 95) たとえば、条文の文言は法解釈の最終的な決め手にならないと解するとしても、法解釈の出発点として一定の意味はあるはずであり、決め手にならないからといっておよそ文理解釈は無用であるとか、法解釈の一つの構成要素としての文理解釈の具体的な手法を考えることは全く無意味である、などとまではいえまい。これは「立法過程内在的解釈」についても同様であり、たとえ「立法者意思」や立法資料は法解釈の最終的な決め手にならないと解するとしても、だからといって「立法者意思」や立法資料を論拠として用いる法解釈の手法の精緻化が不要になることはなからう。しかし、実際には、「立法者意思の取扱いをめぐる本格的な議論がなされてきたとはいいい難く、解釈の目的となるものではないが重要な参考資料であるとか、尊重すべきものなどといった、ややあいまいな位置づけがなされてきたということが出来る。そして、そのような状況から、立法者意思とはどのようなもので、どのように取り扱われるべきかがきちんと検討されないままに、参考や尊重という名の下でかなり便宜的に取り扱われてきた面があるといえるのではなからうか。〔中略〕しかし、仮に法律の解釈において立法者意思は参考資料にとどまるものであるとしても、法律の規定が不明確な場合には特に重きを置いて考慮されるものであるとはいえるはずであり、そうであるならば、立法者意思とはいかなるものであり、どのように把握されるべきものであるかについて一応整理しておくことが必要とならう。」(川崎・前掲注 70) (三) 95 頁)。この川崎の議論は、本稿の問題関心と大きく重なる。結局のところ本稿は、川崎のこのような「整理」を、筆者なりにドイツの法解釈方法論の知見を活用することによって試みたものだけということにならう。
- 96) *Fleischer* (Anm. 23), S. 34–44; *Frieling* (Anm. 10), S. 90–104。本稿の英文の副題が示すとおり、英語圏の一般的な術語では、「legislative intent」が「立法者意思」に、「legislative history」が「立法資料」に、それぞれ基本的に対応するものと思われる (参照、スカリア (中川訳)・前掲注 71) 83 頁 [訳者解題])。議論の内容としてもドイツと似た部分が多く、むしろ近年では英語圏の方が議論が盛んであるというべきかもしれない。ただし、もちろん少なからぬ相違も指摘されており、興味深い点もあるが、筆者には英米法の知見がなく、残念ながら詳しく立ち入る余裕はない。
- 97) *Fleischer* (Anm. 23), S. 2–5。
- 98) 青井・前掲注 13) 610–611 頁。

“Legislative Intent” and Legislative History in Legal Interpretation
– A Comparative Analysis of German and Japanese Law

Summary:

This article examines theoretical and practical issues relating to “legislative intent” (*Wille des Gesetzgebers*) and legislative history (*Gesetzesmaterialien*) in statutory interpretation. When “legislative intent” is used as an argument in legal reasoning, it is not yet clear what this term means (legal fiction or collective intention?) and how an interpreter should use legislative history to determine this “intent.” By analyzing some recent studies in Germany, the article mainly elucidates how the structure of the German legislative procedure plays a significant role in developing criteria for the selection and evaluation of legislative history and maintains that this legislative background structure must be carefully considered when comparatively studying German and Japanese legal interpretation theory.

Keywords:

legislative intent, legislative history, legal interpretation, German law, comparative legal methodology