

文脈におけるディフェンシビリティ： Defeasibility in Context

著者	アレッシオ サルド, 安達 充
雑誌名	金沢法学 = Kanazawa law review
巻	59
号	2
ページ	393-421
発行年	2017-03-01
URL	http://hdl.handle.net/2297/46918

文脈におけるディフィージビリティ (Defeasibility in Context)

アレッシオ・サルド (Alessio Sardo)

安達 充 訳 (指導教員 足立英彦)

ディフィージビリティ (defeasibility) の歴史は 1949 年に始まった。この年、法哲学者 H.L.A. Hart は、のちに認識論、論理学、人工知能その他さまざまな領域において活発な議論の対象となったという意味で幸運なこの概念を議論の俎上に乗せた。「責任と権利の帰属 (The Ascription of Responsibility and Rights)」と題された 1949 年の論文で、Hart は法的推論において例外の果たす役割を描き出し、そしてそれとともに行為の一般理論についてのひとつの基本枠組みを提供しようとした。彼のアプローチは、彼の同時代の哲学者 J.L. Austin が擁護したアプローチとよく似ている——彼らはこのテーマの内外で協働していた。簡単に言えば、Hart は次のように考えた。ある法的概念——例えば「契約」といった——の適用のための諸条件は、ある特定の法的帰結を正当化するための「必要条件ではあるが、必ずしもつねに十分条件であるわけではない」¹。法体系は数多くの例外——心神喪失、脅迫、不実表示、その他——を設けている。それらは、仮にそれらが現れたならば、問題となっている法的概念の適用を結実させない。Hart はこの主張を非—法的な、つまり責任や称賛や非難の日常的な意味での帰属についてまで拡張した。もちろん、彼は規範的推論において例外や抗弁がひき起こす諸問題に取り組んだはじめての著述家であるわけではない。分析哲学の潮流に限ってみても、さらに 20 年早くに Sir W. D. Ross が、道徳理論は一応の (prima facie) 義務がありうることを考慮すべき

1 H.L.A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rigs*, in E. Flew (ed.) *Logic and Language: First Series* (Oxford: Basil Blackwell, 1951) 145-66.

だ、と力説していたことがたやすく見出される²。分析哲学という縛りを解けば、われわれはこのテーゼの起源をアリストテレスに帰することすらできるかもしれない³。とはいえ Hart は、彼に先立つどの業績にも見出すことのできない精密さで、自身の議論を詳らかにした。

ディフィージビリティをめぐる論議は 1990 年代——非単調論理学の全盛期——に頂点に達した。非単調論理学 (non-monotonic logics) はディフィージビリティを取り扱ううえで標準義務論理よりもより適しているように思われた。一見するとそれは、例えば人を殺すことが通常は禁止されているが、しかしその行為が自己防衛の場合になされるというような特定の例外的状況下では許されるのはどのようにしてなのか、ということを見事に形式化して説明づけることができた。標準義務論理は単調性 (monotonicity) と前件強化 (antecedent strengthening) を基本原理として受け入れる⁴。それらふたつの原理がいくらかの反直観的含意を有するために、標準義務論理は、規範体系に無用な矛盾を持ち込むことなく例外と抗弁とを説明づけるためには最善の選択肢とは言えないようだ。単調性の原理によって次のことが証明される。すなわち、所与の集合 S から帰結するある特定の命題 p は、 S を包摂するいかなる集合からも必然的に帰結する。それは p とその包摂集合との間にどんな関係があろうと変わらない。同様に、前件強化によれば、「 p ならば q 」は「 p かつ r ならば q 」を帰結する——つまり前者が証明されれば、後者が成り立つ⁵。案の定、それらの原理を用いることで次のような反直観的含みへと至りうる。すなわち、立法者が新たな例外を設けるたびに、彼女は望まれざる規範競合を体系のなかに生み出している、と。次のような話を考えてみよう。ある特定の規範的権威 A が、時

2 W.D. Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930) 19.

3 R. C. Koons, 'Defeasible Reasoning', in *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2009 <http://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/>

4 J. Rodriguez and P. Navarro, *Deontic Logic and Legal Systems* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) 105.

5 R. Stalnaker, *Inquiry* (Cambridge (Mass.): MIT Press, 1984) 123-4.

点 t_1 において、規範 N1「喫煙は許されない」を發布する。その後、同じ権威 A は、時点 t_2 において、第二の規範 N2「キセル喫煙はその例外と考えるべし」を發布する。もしわれわれが単調性と前件強化とを受け入れるならば、われわれはこの状況を全体対部分タイプの規範競合とみなさなくてはならないように思われる。というのも、キセルを吸うことは喫煙という行為一般に包摂されうるし、かつそれら二つは両立不可能な義務論的帰結（禁止と許可）へと紐づいているからである⁶。この状況に対処しようとするとき、標準義務論理は、古典論理が「トゥイーティのお話 (Tweety Case)」のようなパズルを解こうとするときに会うものと同様の難題に直面するように思われる。トゥイーティの例において、われわれは同時に、「すべての鳥は飛ぶ」といった普遍的命題と、「ペンギンであるために、トゥイーティは飛ばない」といった個別的命題とを受け入れる。古典命題計算の規則にしたがえば、それら二つの命題は矛盾を引き起こす。というのも、それらの連言は、トゥイーティは鳥であると同時にペンギンであるがゆえに、彼女は飛びかつ飛ばない、ということを含意するからである⁷。したがって、それらのうちひとつは排除されなくてはならない。それに対して、非単調論理学はこういった類のパズルを取り扱うのに、より魅力的であるように思われた。それは非単調論理学が次のような特異な帰結関係にその基礎を置くためである。すなわち、古典論理とは反対に、それら新たな哲学的論理学は、前提が追加されることで「妨げられ」うる結論もありうることを想定しているのである。この想定によって、「議論領域における情報の一要素ないし一部分を、その残りの部分についていちいち考慮する必要なしに形式化する可能性」を企図する「モジュール性の要請 (Requirement of Modularity)」も満たされる⁸。

6 A. Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens, 1958) Ch. 4.

7 J. Ferrer and G.B. Ratti, 'Defeasibility and Legality: A Survey', in J. Ferrer and G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (Oxford University Press: Oxford, 2012) 11, 14.

8 J. C. Bayón, 'Why Is Legal Reasoning Defeasible?', in *Diritto e Questioni Pubbliche* 2 (2002) 1, 8

非単調論理学はもともと、不完全な知識による推論を、ある特定の「デフォルトの (default)」 [= 初期値としての、反対の情報がない限りの (注安達)] 一般的命題が、それに反対する追加の情報によって上書きされる (ないし、より専門的な言い回しするならば、「アンダーカットされる (undercut)») ような状況——飛ぶことのできない鳥、トゥイーティの例を想起せよ——を考慮に入れつつ説明づけるために展開させられてきた。非単調論理学の擁護者たちによれば、追加的情報により、デフォルトをもとにわれわれが有していた最初の属性——トゥイーティの例においては、鳥は一般的には飛ぶということに対応する——を撤回しなければならないときですら、この属性は通常の場合におけるその妥当性を保持し続け、古い前提はなおも生きる⁹。なぜわれわれはその古い前提を生かし続けなければならないのか？この問いに対する答えはこうである。はじめにあった一般的命題は、完全に厳密なものではないにせよ、われわれが通常の場合についての予見を行うのに役立つからである。さらに、この「変則的な」論理学によれば、一般的命題が通常の場合について妥当であると証明させるかぎりにおいて、一般的命題と例外的場合との間には矛盾はない。最近数年のうちに、ディフィージビリティをめぐるこの種の論議は袋小路に行き当たってしまった。ディフィージビリティに関連する諸問題への解決案はさまざまあるが、しかしどうやら、われわれにはこの論争を終わらせるための手段がないようなのだ。

Hart の後世に名残る業績の発表から 60 年を越えたいま、『例外の勘案：法における抗弁とディフィージビリティについての理論 (Allowing for Exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law)』は、ディフィージビリティの概念分析のための斬新な方法を見出そうとする¹⁰。本稿では、はじめ

9 D. Makinson, *Bridges from Classical to Nonmonotonic Logic* (London: King's College, 2005); G. Antoniou, 'Defeasible Reasoning: A Discussion of Some Intuitions', in *International Journal of Intelligent Systems* 21 (2006) 545.

10 L. Duarte D'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

に私は読者にこの本のもっとも重要な理論的到達点を手短かに概観して伝える。その後で私は、D'Almeida の惹起したいくつかのテーマと疑問につき、批判的分析を行う。

この本は D'Almeida の博士論文がベースになっている。論文は John Gardner の指導の下に書かれたものである。大変有益で議論の密なこの本は 8 つの章からなり、それらはテーマ別に次のような構成で配列されている。第 1 章では H. L. A. Hart のディフィージビリティ概念についてひとつの包括的な解釈が提供される¹¹。第 2 章にはディフィージビリティに関連するいくつかの理論的諸論点への基礎的序論が収められている。第 3 章と第 4 章は、全体が D'Almeida によって提案されたひとつの理論枠組み——「立証ベースの説明づけ (Proof-Based Account [以下 'PBA' と略す。安達]) と彼は呼ぶ——を詳しく描写することにさかれている。第 5 章では、いわゆる「黙示的例外」について概観するとともに、法理論における定説への反駁が起こされる。翻って第 6 章では、PBA の洗練が行われる。それは、ある所与の規範にとって外的な例外の存在可能性についてのさらなる考察へとつながる。第 7 章では、ディフィージビリティの分析を法理論の限界を越えて推し進め、行為の一般理論についての核心的結論が引き出される。最後に、第 8 章ではいくつかの法教義学的問題が、D'Almeida の提供するさらに複雑な枠組みのなかに位置づけられる。容易にわかることだが、この本の第一の目標はディフィージビリティについて進行中の議論を余さずに描写することではなく、このテーマに関する筆者自身の見解を示すことである。法と道德とのつながりのなかで例外が果たす役割とか、ディフィージビリティと規範競合と法的缺欠との間の関係であるとか、ルールと原理とを区別するための基準としてのディフィージビリティの使用といったことはすべてこの本の射程の外にあるか、よくて注釈に記されるだけである。した

11 G.P. Baker, 'Defeasibility and Meaning', in P.M.S. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1977) 26; J. L. Mackie, *Persons and Values: Selected Papers. Vol. II* (Oxford: Clarendon Press, 1985).

がって、ディフィージビリティの最前線でふつう議論されている最近の法理学的諸論点について関心のある人は、他をあたるべきだろう。反対に、Hartのディフィージビリティについての議論に深い関心をもった読者は、この本にまさに宝を見出すだろう。D'Almeidaの提供するその再構成は、現在市場で手に入るもののうちもっとも網羅的で、余すところがない。彼はHartが提起した理論的主張の軸を非常に明確に再提起することに成功しているのだ。

D'Almeidaの指摘するように、1949年論文はとりもなおさず人間行為、そして明示的例外 (*explicit exceptions*) にかかわる諸問題へと関心をよせている。Hartにしたがえば、告発、許可、判断、評議、そしてそれらに類似するものは、それらのもつ「論理的特質」ゆえに「帰属文 (*ascriptive sentences*)」とみなすことができる¹²。こういった論理的特質は、法概念（たとえば「所有権」といった）とのアナロジーによって帰属文を分析するとき、もっともよく把握できる。法概念は「ディフィージブル (*defeasible*)」である。それは、それら法概念の適用のための条件が、必要条件ではありながら必ずしもつねに十分条件とは限らない、という意味においてそうである。結論として、われわれは次のように想定しよう。法概念や帰属文の論理形式は「Unless [=…でない限り (注安達)] 節 *Unless-clause*」を含んでいる。それは、特定の評価的文脈において、例外や抗弁へと道を開く。したがって、責任を帰せられることへ抗うための次の2つの方法が区別される。ひとつめはその帰属の根拠になっている事実を否定すること、そしてふたつめは例外を援用することである。

さて、Hartと同時代にJ. L. Austinによって擁護されたものとの興味深い比較をも経てHartの理論をこのように再主張したことは、Luis Duarteの理論的探求の出発点にすぎない¹³。論理学と法理論における近年の特筆すべき進展に依拠しながら、『例外の勸案』は、——注目に値する明確化によって適切に洗

12 H.L.A. Hart, n 1 above, 8.

13 J.L. Austin, 'A Plea for Excuses: The Presidential Address', in *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, 57 (1956-1957) 1.

練され内容豊かにされた——ディフィージビリティについての Hart の説を、法手続きにおける立証責任の分配へと関連づける。この動きは、ディフィージブルな規範はその論理形式のなかに Unless 節を含むよう要請する論理的特質を有する、ということを裏づける強力な論証を提供することを目的とする。それと同時に、その論証によれば、法的例外を法適用のための否定的条件 (negative conditions) へと還元することはできない。D'Almeida によれば、もし例外が単純に法概念 (ないし規範) の適用のための否定的条件として再定式されると考えるとすれば、われわれは次の事実を十分に説明づけることができない。すなわち、立証責任の分配によって、立証されるべき (probanda) 属性として法的推論のなかに組み込まれる (否定的なまたは肯定的な) 属性が存在する一方で、反駁されざるべき (non refutanda) 属性として法的推論のなかに組み込まれる属性も存在する、という事実である。この考えは興味深いものではあるが、まったく新しいものであるわけではない。事実、いく人かの著述家が——彼らはみな D'Almeida によって適切に引用されているけれども——、これ以前にこの方向性を探究し、「手続的ディフィージビリティ (procedural defeasibility)」として知られる副産物を生み出している。それらのうちひとつだけ言及するならば、Juan Carlos Bayón は、彼の 2002 年のディフィージビリティに関する見識ある論文のなかで、次のように主張している。「ある事件において原告が証明すべきことは、できるかぎりすべての条件 (またはともすればたんにそれらの部分集合) が充足されているということのみでよい。例外については (そしてもしかするといくつかの肯定的条件が充足されていないことについても)、立証責任は被告へと移る。立証責任がある特定のしかたで分配されるということこそ、反対の証明がなされない限りにおいて最後まで成り立つデフォルトの前提 (default assumption) を設定する。そしてそれゆえに、いかなる例外も不在である、という内容の手続的デフォルト前提 (procedural default assumption) を反駁する責任は被告に課せられているのである」¹⁴。すぐ

14 J. C. Bayón, n 8 above, 3.

にわかることだが、この主張は PBA の核心的テーゼとぴったりと一致するものの、PBA は手続的アプローチのまた別の顕著な特徴、例えば、われわれは司法的決定についての二次ルールを一次ルールの諸部分へと自由に変えてよい、という考えをも受け入れる。『例外の勘案』はこうして、この種のアプローチにさらなる活力を追加し、ディフィージビリティの立証ベースの分析に加担する独自の論証を提供しつつ、これまで十分に議論されてこなかったより込み入ったいくらかの論点へと拡張していく。D'Almeida は、ディフィージビリティについての法理論を「包摂主義 (Incorporationism)」と「非演繹主義 (Non- deductivism)」との間の対立という線に沿って描写する。包摂主義者は「次のように信じる。見かけがどうあれ、例外や抗弁はルールの否定的要素に還元でき」¹⁵、それはルールの前件の中に組み込まれうる¹⁶。それに対して、非演繹主義者は「法的ルールの表現の仕方に非単調的なアプローチを採用する」¹⁷。著者によれば、「どちらのアプローチも満足のいくものではない。すなわち、(…) ふたつのうちどちらにも欠点があるように見えるし、実際、まさに他方が提供するものを拒絶しているように見える」¹⁸。前者はルールの前件内の否定的要素（たとえば、強姦の場合において同意がないこと）の存在と例外（たとえば、殺人の場合における自己防衛）の不在との間にある見逃せない区別を放棄してしまっているし、他方で後者は、法的推論についての次の確固たるふたつの直観と相容れない。すなわち、法概念の適用のための条件は現実の事件を目の当たりにする前に十分に特定されうるものであるという考えと、法的推論は演繹形式で行われうるという考えである。D'Almeida はディフィージビリティの第三理論 (a third theory of defeasibility) の展開を試みる。彼の理論は「われわれが例外について抱く、一見すると競合する諸直観を調停しようとす

15 L. Duarte D'Almeida, n 10 above, 5.

16 Ibid. 6.

17 Ibid. 5.

18 Ibid. 5-6, 52.

る」¹⁹。

より明確に言えば、D'Almeida が「立証ベースの説明づけ PBA」と呼ぶものは非演繹主義の主な直観（つまり、例外は否定的適用条件へと翻訳されえないという考え）を保持し、それと同時に、この前提が反直観的な帰結をもたらすことを回避しようとする。立証ベースの説明づけの中心的な主張とは、意思決定において例外の果たす役割を記述する真摯な試みはいずれも、「非還元性テーゼ (Irreducibility thesis)」を受け入れなければならないということである。大雑把に言えば、非還元性テーゼは「撤回の条件は適切な判断の必要条件へと還元することはできない」²⁰。法的な意思決定においては、次のふたつの種類の事実の間には「決定的な差異」が存在している²¹。一方で、裁判に勝つためにその存在を原告や検察によって証明されるべき必要的要素が存在する（「P - 事実 P- Facts」）。他方で、例外的要素であって、もしそれが存在するならば、原告や検察に反対する決定をするよう裁判官を拘束する事実が存在する（「D - 事実 D- Fact」）。D - 事実は P - 事実の否定とは全く異なるものである。したがってわれわれは、D - 事実を、包摂主義の見解のように法的決定のための否定的条件と等値であると見なすことはできない。D'Almeida が述べるように、「法的意思決定の文脈において、われわれはある所与の状況 X が真である場合であっても、 X が「存在している (present)」と簡単に言うてしまうことはできないし、 X が真ではない場合であっても、 X が「不在である (absent)」と言うことはできない。レレヴァントな状況の「存在」や「不在」は、むしろそういった状況いずれもが、特定のルールや手続きにしたがって、根拠づけられたり確かめられたり——ないし「証明されたり」——したと言てよいか否かにかかっている」²²。

もう一度「契約」概念について考えてみよう。はじめ原告は、P - 事実集合

19 Ibid. 7.

20 Ibid. 17, 45.

21 Ibid. 15.

22 Ibid. 53.

(承諾, 約因, 要式具備, その他)を証明する負担のみを負う。その一方で, どの D - 事実の証明も, 被告にその責任が課される。その上, 立証責任の分配は, Peng- Hsiang Wang やその他多くの人が主張するように, 正義や政策の問題には還元されない²³。それとは逆に, この分配は, 法的必要条件の構造に重大な影響を及ぼす²⁴。立証負担がそれに応じて割り当てられるところの手続的ルールは, 司法の二次ルールとみなされるべきではなく, Unless 節を組み込んだ実体の一次ルールの一部とみなされるべきである。Unless 節はというと, それは「…が証明されない (not proved that...)」というルールの条件部に作用を及ぼす。どの事実が例外に数えられるのかを決めるために, われわれはまさに立証責任の分配についての手続的ルールへと目を向ける必要がある。もし立証責任が被告の側にあるならば, われわれは D - 事実を, つまり例外を, 手にしたことになる。

立証ベースの説明づけは明示的な例外のみならず, 黙示的な例外に対しても適用されるが, 黙示的例外を D'Almeida は——MacCormick へ部分的に賛成しつつ——²⁵ 次のように定義する。すなわちそれは, 「個別の事件—判決前の実際の事件—において裁判所が例外として分類, 承認することができ, 目下の事件において直ちに例外として作用する諸条件」²⁶ である。黙示的例外は意思決定者の裁量権の行使の産物であるとみなされる²⁷。そのわかりやすい性質とは裏腹に, ——D'Almeida が適切にも指摘するように——黙示的例外はいくつかの難題を惹起する。なぜならそれらは「——定義することによっては——いかなる実際の事件においても予め同定されず, したがってそれらは, いかなる事

23 P. H. Wang, *Defeasibility in der juristischen Begründung* (Baden-Baden: Nomos, 2003) 77.

24 L. Duarte D'Almeida, n 10 above, 84.

25 N. MacCormick, 'Defeasibility in Law and Logic', in Z. Bankowski *et alii* (eds.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning* (Dordrecht: Kluwer, 1995) 99, 102; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 240-2.

26 L. Duarte D'Almeida, n 10 above, 135.

27 *Ibid.* 135.

前確定可能なルールにも要素として包摂されえないからである」²⁸。言いかえれば、黙示的例外は法的ルールを、その適用のための必要十分条件を備えるものとして表現することの可能性そのものに対し難問を突きつけているように見えるのだ²⁹。結果として、法的ルールはその帰結を導く資格と、規範としての力との両方を失う。Schauer の用語を借りてこれを表せば、われわれは次のように言えるだろう。黙示的例外のもとでは、意思決定者はルールを支える理由——ないしは目的——を具体化するための権能をもともと与えられている³⁰。Schauer はこの現象を、雄弁にもルールの「内的欠陥 (internal failure)」という用語をもって記述する³¹。この問題を手っ取り早く解決するひとつの方法は、——Schauer がそうしているようだが——黙示的例外を、ルールにとって外的な (external)、上書きによる適用阻却要因と考えることである。その一方で明示的例外は、[ルールの (注安達)] 内的で否定的な適用限界とみなされる。D’Almeida は一貫してこの解決法を拒否し、別の見解をひとつ提出している。それによれば、黙示的例外の存在はあくまで明白なものである。大雑把に単純化すれば、われわれは次のように言えるだろう。D’Almeida にしたがえば、黙示的例外はたんに、「意思決定者がそれらを例外であると解釈する場合に (そしてその後) (…)」³²、意思決定者の決定によってルールに対する例外として分類されるような諸事実のことである。結果として、黙示的例外と明示的例外とのあいだの差異は、論理や意味論の問題ではなく、「純粹に認識論的な」問題となる³³。言いかえれば、われわれは「Unless 節に」よって拾い上げられる属性が十分にはわからない場合、例外を黙示的なものとして取り扱うことになる。

28 Ibid. 136.

29 Ibid. 137.

30 F. Schauer, ‘Exceptions’, in *The University of Chicago Law Review* (1991) 58, 871, 894.

31 F. Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press, 1991) 117.

32 L. Duarte D’Almeida, n 10 above, 154.

33 Ibid. 154.

Hart と J. L. Austin につづき、D'Almeida は責任の帰属と制度的抗弁との両方が高度に文脈依存的であるということをうまく証明した。この点につき、ひとつの例によって説明したい。悪意のないミスがあったということは、不公正な利殖をしたとの非難に抗うために援用されうる。ところがそれは、過失による自動車事故についての弁明にはきつとなりえないだろう。なぜならふたつめの場合には不法行為法に定められている通り、被告はなお損害に対し責任を負わなければならないからだ。悪意のないミスは弁明になるかもしれないし、ならないかもしれない。それは文脈による。ところで、こういったことを述べたことのみがこの本の特長であるわけではない。D'Almeida は、いかに多くの異なる論の糸が、ディフィージビリティが法的推論にとって欠かすことのできない特徴であるという主張に撚り合わさっているかを証明するという点ですばらしい仕事をなしている。この点について、ディフィージビリティをその他の形式の不確定性——曖昧さ、開かれた構造 (open texture)、両義性といった——から距離を置かせるために D'Almeida のなしたすべての努力は注目すべきものである。そして D'Almeida が正しいことを証明するのはとても容易い。それに対立するテーゼが現代の法理学の議論においていかに広く知れ渡っているとしても、そうである³⁴。黙示的であれ明示的であれ、例外が曖昧な表現や評価的な術語や開かれた構造といった現象の発生と必ずしも関連するとは限らないことを考えれば十分であろう。たとえば次の例を考えてみよう。「Fiat 500 はミラノのセンピオーネ公園に入るべからず」。この規範は明確であり、曖昧さという問題に影響されていない——そうでなくても、もし「入る」がなお曖昧であると言いたいのであれば、われわれは、「入る」が何を意味するかをより明らかにするためのみなし規定を追加して、この曖昧さを解決することができる。その上、この規範はいかなる評価的術語も含んではいないし、仮定から、この規範は他の規範と競合しえない。それにもかかわらず、裁判官は「ただし

34 B. Bix, 'Defeasibility and Open Texture', in G.B. Ratti and J. Ferrer (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (Oxford University Press: Oxford, 2012) 193.

Berlusconi の車でない限り」といった黙示的例外を導くことはありうる。

残念ながら、われわれは同様の評価を、述語「ディフィージブルである (defeasible)」の主語が何なのかということについて行うことはできない。彼の著作の中で、D'Almeida は、ほとんど区別をすることなく、「ディフィージビリティ (defeasibility)」という語を、ルール of 述語としても、法概念 of 述語としても、規範的判断 of 述語としても用いている。次のことは明らかだ。すなわち D'Almeida は、彼がとりもなおさずディフィージビリティについての認識論的観念を取り扱うことに関心があると明かしている。それはしたがって判断 of (ないし決定 of) 次元に関連している。ところが、この本の各章ごと、そしてどの章でも、彼は矢継ぎ早にルールから概念へ、概念から判断へ、判断からまたルールへ、等々と、実に不可解な仕方ですれを切り替える。第2章の終わりで、筆者はわれわれにディフィージビリティという性質を、概念の性質としてではなく、判断 of、ないし法廷における決定 of の性質であるとみなすよう望んでいる。ところがその後、第3章ではおもに法規範 of 性質としてのディフィージビリティが取り扱われている。例えば、D'Almeida は Giovanni Sartor の説についての長々とした議論を行っているが、それはとりもなおさず「法規範 of 伝統的表現」に対する攻撃のため、また「条件的法規範 of 形式化」のために紹介されたものである³⁵。さらに驚くべきは法概念 of 「大帰還」である。これは Glenville William の包摂主義的アプローチに対する批判的分析において中心的役割を果たしている³⁶。法概念を脇に残し、第5章——黙示的例外を取り扱う章である——ではもう一度、ディフィージビリティはうって変わって、意味としての規範 of 述語に、そして規範 of 言明 of 述語になっている。第6章においては D'Almeida は、ほとんど排他的に判断 of の属性として意図されたディフィージビリティを論じているが、ドイツ教条主義における犯罪 of の抗弁 of の問題を彼の枠組みのなかで分析する第8章では、また法的概念 [としてのディフィージビリ

35 L. Duarte D'Almeida, n 10 above, 65.

36 Ibid. 128.

ティ（注安達）] が忍び込んでくる。私の見解では、この著者はこの種の多義性を避けるべきであった。というのもこれが読者を混乱させているからだ。さらに私は、このことはたんに流儀の問題ではないことを強調したい。というのもこの多義性は重要な実体的諸論点へ悪い影響をもたらすからである。しばらくの間この話題に入らせてほしい。

Ferrer と Ratti が指摘するように、「法的推論は、理論的目的に応じて、次の3つの主な局面ないし操作へと分解される。すなわち（1）解釈（interpretation）（2）論理的展開（logical development）（3）整序（ordering）である」³⁷。われわれはディフィージビリティを適切な場所へと位置づけるために十分に注意しなければならない。もしディフィージビリティが法文の性質であるならば、それは一続きの文の表層的な構造に帰属する構文論的性質である。したがって、それは言語学者にとっては興味深い話題であるかもしれないが、法理論研究者にとってはそうではない。そうではなく、ディフィージビリティが規範の性質であるならば、われわれはそれを解釈の過程の最後に位置づけるべきだろう。その結果できるのが、立法者のもととされうる（規範の）意味である。このふたつめの場合、ディフィージビリティは規範の意味についての理論の一部をなすが、それは一般的であるか——もしすべての規範に成り立つとすればそうなる——、もしくは特別なものであるか——それが規範のある特定のクラスについてのみにあてはまるとすればそうなる——のどちらかでありうる。第三の選択肢は、ディフィージビリティを概念の性質であるとみなすことである。この場合、われわれはすでに「整序（ordering）」の領域に足を踏み入れている。というのも、——Alf Ross が彼の古典的論文「Tû-Tû」で指摘したように——法概念は法的ルールの集合から得られる第2階の抽象体である。それは論理的展開と教条的体系化に付随するものである³⁸。より正確に言えば、法概念は法律家の推論を助けるツールであるとみなすことができる。というのも、法概念 [に

37 G.B. Ratti and J. Ferrer, n 7 above, 21.

38 A. Ross, 'Tû-Tû', in *Harvard Law Review* 70 (1957) 5, 263.

よって法律家（注：安達）は規範的結論を正当化する属性の集合か、あるいは、ある特定の属性へと帰属せられる規範的結論の集合を合成（synthesize）するからである。例えば、「行為」という法概念は、行為を引き起こしうる属性すべてを合成するのにも用いられるし、第2階の概念に属する属性の集合に紐づけられるありとあらゆる規範的帰結をすべて合成するのにも用いられる。最後に、もしわれわれが「法的推論のディフィージビリティ（defeasibility of legal reasoning）」という言い回しで表現すると、ひょっとするとわれわれはこれら3つの重要な過程の間にある区別を無効なものにしてしまうだけかもしれない。われわれは「法的推論のディフィージビリティ（defeasibility of legal reasoning）」という表現はの場合ミスリーディングになりかねないと言い添えるべきである（われわれは呼び名を変えるべきかもしれない）。足立英彦に教えられたことだが、「ディフィージブルな（defeasible）」推論とは、厳密に言えば、「機能しない推論」ないし「失敗した推論」を意味する。私の見解によれば、D’Almeidaはここで危険なまとめあげに依拠している。RattiとFerrerの展開したこの区別は決定的なものである。法的素材を体系化することがすべての例外を無効にするならば、われわれはディフィージブルな概念なしにディフィージブルな規範を効果的に得られるだけではない。体系化の過程で、表現される規範体系のなかで語られていない（unspoken）、ないし次のように言ったほうがよければ、表現されていない（unexpressed）例外が導入されれば、われわれはディフィージブルな規範なしにディフィージブルな概念を得ることもできる。逆もまた同様である。私は、ディフィージビリティの法理論を包摂主義／非演繹主義の対立の線に沿って分けるという選択にはいくらかの懸念を覚える。この動きは次の二つの理由で疑問の余地ある選択であるように見える（ないしそう私は論じる）。第一に、この区別は適切さを欠く。なぜなら、この二分法を回避する際立った理論も存在するからである。第二に、包摂主義は必ずしも非演繹主義と両立しないわけではない。私が正しければ、このテーマに新しく触れる読者がいくつかの点に関してミスリードされる恐れがあると心配

するに足る理由があることになる。どうすればそれを証明できるか？それはごく簡単なことであると私は考える。例としてディフィージビリティについての C. E. Alchourrón のよく知られた説につき考察しよう。この説においては、ルールは条件法（「もし p であるならば、 q が義務的である／許可されている／禁止されている」）として表現される。この条件法は厳密含意（strict implication）の規則に従い、それと同時に前件には修正オペレータ（revision operator）を含んでいる。この理論は包摂主義の一形式でもなければ非演繹主義に類するものでもない。一方で Alchourrón は非単調論理を手厳しく批判した。それを Alchourrón はまったく非合理的であると考えた。というのもそれが「帰結（ないし条件法）という概念についての標準的な捉え方と、動的視点におけるわれわれの（規範的）前提の変更とを混用している」³⁹ からである。他方で彼は、例外そのものとディフィージブルな推論のありうることは進んで受け入れた。単調性を手放すことなしにこれらの直観を形式化するために、彼は信念修正についての AGM モデルに依拠することを決めた。これは彼がこの何年前かに Gärdenfors と Mackinson とともに展開していたものである⁴⁰。AGM モデルは例外（黙示的例外と明示的例外とを問わず）を条件的信念の修正の一形式ととらえる。修正は、厳密含意の規則にあくまでしたがう条件法に含まれる前提の洗練、という形で説明される。このやり方で Alchourrón は、例外がどのように作用するのかを、帰結についての新奇な（そして Alchourrón にとっては「不明瞭な」）観念をもちいることすらなく、説明づけることができた。厳密に言えば、修正オペレータは次の 3 つ部分からなる。すなわち諸個体からなる空でない集合（可能世界）、各々の事實的述語を可能世界の部分集合へと割りあてる解釈関数、そして選択関数（choice function）の値である。こ

39 C.E. Alchourrón, 'Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals, in J.C. Mayer and R.J. Wieringa (eds.) *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification* (Chichester: John Wiley & Sons, 1993) 44.

40 C.E. Alchourrón *et alii* 'On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contractions and Revision Functions', in *Journal of Symbolic Logic* 50 (1985), 118.

の点につき、ある指標が選択関数へと添えられる。この指標は「それらの諸個人の個々相対的な性質を思い起こさせるために用いられる」⁴¹。

この要約からでも Alchourrón の説が D'Almeida の提供する類別に当てはまらないことは十分に明らかである。第一に、それは非単調論理を明示的に拒否している。第二に、例外は、包摂主義が作用すればそうなるところとは異なっており、規範の前件の中に直接に否定的条件として埋め込まれてはいない。そうではなく、可能世界意味論に基づいた、修正のための複雑な仕組みが存在している。もちろん私が Alchourrón の例を持ち出したのはそれが最も顕著な例だからであるが、他にもいくつか興味深い例は見出せる。

さらに、包摂主義が法的推論における例外と抗弁の役割について正確に位置づけられた細かな理解を欠いているということを示そうとする際、D'Almeida は性急にかつ散漫に議論を行っているように思われる。彼の見解によれば、Hart の説への Mackie, Baker や彼らに続く者たちの提起した異議は的を外している。Hart の敵対者たちは次のように主張した。Hart は間違った論の線上に立っている、というのも、撤回条件は、ルールを（ないし法概念を）Unless 節によって複雑化させなくとも、否定的条件として有意義に表現しうるからである、と。D'Almeida によればこの主張は Hart の仮説を支持する要素の核心、すなわち P 事実と D 事実が立証責任の配分によって、裁判において異なる役割を演ずるということを見誤っている。さて、この点においてもまた、D'Almeida が選んだ議論の流れは、次の2つの理由で、完全に説得的であるとはならない。一方でそれは、Davidson の「解釈における寛容」の原則を包摂主義の理論には適用していないように思われる。つまり包摂主義者の議論は、ところによって、もともと提出されていたものよりも悪くさせられている。他方で D'Almeida は、なんらの理由づけを行うことなく次のように想定している。すなわち彼は、われわれが一次ルールの論理的深層構造を知ろうとするとき、ま

41 C.E. Alchourrón, 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', in *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic* 57 (1996) 12.

たは規範体系を形式的に表現しようとするとき、手続的ルールは——そして証
 拠法は——抽象化することはできない、と決めつけている。D'Almeida が黙示
 的例外に関する「共通意見 (Common View)」を「斥ける」ために挙げる主な
 議論を取り上げてみよう⁴²。「共通意見」は包摂主義を明示的例外についての記
 述的理論として受け入れ、それと同時に、黙示的例外のリストは際限がないと
 ものとして残らざるをえないと主張する⁴³。とりわけ D'Almeida は Bayon,
 Ferrer, Ratti, Guastini, Schauer, そして Rodoriguez を「共通見解」の擁護者
 とみなしている。D'Almeida がそれらの著述家たちに対して持ち出す主な議論
 のひとつは、彼らのルール概念の分析が曖昧さに影響されていることを強調す
 る。共通見解の賛同者たちが、明示的例外は再定式されるルールのなかに否定
 的条件として単純に包摂されるということを主張する際、彼らはルールに関す
 る次の異なる二つの意義を混同している。ひとつは「ルール_D (Rule_D)」であ
 る。これは「ルールとその例外との間に区別の線を引くものである」⁴⁴。そして
 それゆえにルールの前件に例外を包摂することを「妨げる」。もうひとつは
 「ルール_P (Rule_P)」である。これは「[明示的 (注 Sardo)] 例外とみなされる
 諸事実が unless 節の内容としての、そしてそれゆえに否定的条件としての地位
 をもつ」⁴⁵ ことを受け入れる。曖昧さについてのこのような非難は明らかに
 誤りである。Ferrer, Guastini, Ratti といった著述者たちはこれら 2 種類の
 (ここで私は、2 つの「意義 (sense)」の、という語を用いることには慎重であ
 りたいと思う) ルールの鋭い区別を受け入れている。それは、ときおり彼らが
 [D'Almeida とは (注安達)] 異なる術語を用いているとしても、そうである。
 「ルール_P」は彼らのいう「ディフィージブルな (defeasible) ないし「一応の
 (prima facie) ルール」に対応し、「ルール_D」は彼らのいう「すべてを考慮し
 た (all- things- considered)」ルールないし、ある時点において「閉じた前件

42 L. Duarte D'Almeida, n 10 above, 151.

43 Ibid. 138.

44 Ibid. 152-3.

45 Ibid. 157.

(closed antecedent)」を備えたルールに対応している。この点はさらに説明を要するかもしれない。前述した著述者たちのこの種の包摂主義は、D'Almeidaの呈するぼやけた包摂主義像よりももっとずっと洗練されている。ひとつの法文の最初の解釈によって、われわれは外的例外のありうる余地を残す「一応の」規範を得るだろう。われわれはそのルールを——ある種の体系的議論を用いて——もう一度解釈すれば、明示的例外と黙示的例外の両方を含んだすべてを考慮したルールを得ることができる。これらの例外はルールの中に、適用のための否定的条件として導かれる。こうしてわれわれは、その時点において「閉じた前件」を備えたルールを得る。それはすなわち、適用のための否定的条件としてのすべてのレヴァントな例外を含むルールであるが、未来においては新たな例外に服するかもしれないルールでもある⁴⁶。もちろん、この理論は裁判における立証の責任分配にまつわるダイナミクスを捉えてはいない。けれどそれは本当に必要不可欠なものなのだろうか？この理論はそういったダイナミクスから抽象される法規範や法体系の理論を完全に正統化して展開してはいないだろうか？少なくとも責任分配にまつわるダイナミクスを法規範の意味やそれらの論理的関係の探究から切り離れた理論の展開を正統化してはいないだろうか？本当のことを言えば、われわれは法的例外が立証責任の分配につねに関連するものなのかどうかを疑問に思ってしまう。ひょっとすると、証拠法上の推論に関連しない例外とみてよい例が見つかるかもしれない。それがそれぞれを切り離すためのよい論拠を提供する。今度はこのテーマに話を切り替えたい。

ディフィージビリティというテーマにわれわれが取りかかるとき、文献の中に見つかる典型例のひとつが、Riggs 対 Palmer 事件⁴⁷である。これは Ronald Dworkin によって『法の帝国』で論じられたのち、法理学の領域外においてな

46 例えば、R. Guastini, *Interpretare e Argomentare* (Milano: Giuffrè, 2011).

47 *Riggs v. Palmer* 115 NY 506, 22 NE 188 (1889).

お有名になった⁴⁸。この事件では遺言の有効性が争われた。Francis B. Palmer は彼のわずかな遺産を彼の二人の娘，Mrs. Riggs と Mrs. Preston（原告）に与え、彼の孫，Elmer E. Palmer には残りの彼の財産をすべて残すよう、遺言を作成した。Elmer E. Palmer は、彼の祖父には遺言書の撤回の意図がいくらかあることを知り、彼の財産の所有権を直ちに得るため、彼を毒殺した。Elmer は彼の祖父を殺害したことで殺人罪を宣告されたものの、ニューヨーク州の実定法によれば、殺人の事実には関わりなく、彼は彼の祖父の遺産を相続することを許可されるようであった。ある者が遺言書作成者を殺したならば彼の相続は禁止される旨の条文はないからである。ところが、Gray 裁判官は、遺言法における法に、次のような衡平の原理から類推される例外をひとつ導入して、原告を支持することを決定した。すなわち、自身の詐欺的行為を利することは何人にも許されていない、と。ディフィージビリティのこのような典型的事例は、立証に基づくいかなる推論にも関わりない例外がありうることを示している。次のことは十分に確かである。Riggs 対 Palmer 事件における例外は、その中に「…が証明されている（明らかだ）（prove that）」／「…は証明されていない（明らかでない）（not prove that）」節のようなものをなんら含んでいない。これは完全に自然法的原理という純粋な形而上学に基づいている。私は確信しているのだが、法の一般の原理もしくは政策的熟慮に基づいているのであって証明推論にはなんら基づいていない例外や抗弁に関わる別の例はいくらでも見つけることができる。ひょっとすると、——D’Almeida が賛同しているように思われるような——ディフィージビリティへの立証を基礎としたアプローチはこの重要な特徴を不明瞭にし、例外とみなされるものの決定に際して規範に関する事実へと重きを置きすぎているのかもしれない。さらに、例外はつねに手続的規範に依存しているとはかぎらないという考えは、次のデータによってより強められることに注意してほしい。ヨーロッパ諸国の多く、たとえばイタリア

48 R. Dworkin, *The Law's Empire* (Harvard: Harvard University Press, 1986). [ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』（未来社，1995年）]

のロースクールでは、手続法的主題と実体法的主題には明確な区別が存在している。だから例えば、わが国には刑法と刑事手続法、民法と民事手続法、行政法と行政手続法、等々がある。さて、例外というテーマは普通、民事的、刑事的、行政的実体法においても、手続的論点になんら言及することなしに分析される。そして平均的學生は普通、手続法がどんなものかを知ることせずとも、そして立証にもとづく推論の基本的区別——たとえば証拠の全体論的評価づけと原子論的評価づけの区別といった——に目をやらずともなお、例外という概念を把握することができる。これらの考察は、ディフィージビリティの概念は立証にもとづく推論から切り離すことができるし、またそうすべきであるという考えに、さらなる活力を与えるように見える⁴⁹。

最後に私は、残念ながら展開されきっていない論点こそ、まさに例外の概念そのものの分析であると考えている。D'Almeida は例外とはなにかをあまり明確に定義していない。そして Unless 節の意味論的構造と論理形式に関する彼自身の見解は十分に明確ではない。確かなのは、ある点において、彼は例外とは D—事実（すなわち、被告によって証明されなければならない事実）にすぎないと考えているようだ、ということである。けれどこれは、例外が何を意味するのかの説明では決してない。それはむしろ、何が例外とみなされるかに関する規定であり、ここにいう例外は、額面通りに受け取るならば、純粋な立法であるか、さもなければ空虚な主張であるかのどちらかと考えられかねない。もしわれわれが、この定義は法律家や哲学者が普段「ディフィージビリティ (defeasibility)」を意図するものとはかなり駆け離れていると考える場合には、これは純粋な立法の一部であるように聞こえるかもしれない。反対に、もしわれわれがこの定義を次の主張に、すなわち、「もし p ならば q が義務的である」ないし「もし p ならば、 r でないかぎり、 q が許可的である」という形式の規範的言明がそれぞれ「もし p が証明されているならば q が義務的である」「もし p が証明されているならば、 r が証明されないかぎり、 q が許可的であ

49 この重要な示唆を与えてくださった仲正昌樹教授に感謝している。

る」を表す省略形である、という主張にまで要約してしまうならば、それは空虚な主張のように聞こえるかもしれない。とはいえ、われわれはこれらのような主張を D’Almeida のもとに帰してしまう誤りを犯さないよう注意しなければならない。彼の主張は、実際には、はるかに興味深く、鋭く、そして挑戦的なものである。すなわち彼は、ディフイージビリティは立証責任の分配に必然的に関連しているということ、そしてこの紐帯はあまりに強く、ゆえにわれわれは一次ルールの論理形式を認識する仕方を変えなければならないということを示唆しているのだ。そうとはいえ、われわれの最初の関心事に戻るならば、『例外の勘案』でうち立てられた PBA は、ある欠陥に影響を受けている。つまりわれわれには、例外の意味と Unless 節の意味論を説明する用がなお残っているのだ。

もしかすると、こういった例外に関心をもつ誰にとっても、この概念が他の分野ではどう働いているのかを知るのはとても有用なこともかもしれない。この 20 年の間に、言語学や言語哲学において、膨大な量の業績が例外を表す節の意味論と語用論を説くために著されてきた。例外句は例外標識 (exceptional marker) (「を除いて」「でない限り」「以外」などといった) と名詞句で成り立つことが多い。つまり例外標識は一般的に、固有名 ('Donovan'), 指示的表現 ('Donovan's friends') ないしたんなる複数形 ('dogs') に結びつけられる⁵⁰。例外標識が、ある特定の集合から個体を、または諸個体のクラスを減ずることによって (ないし例外標識が 'no' や 'none' といった否定的量子に働く場合には、それらを加えることによって)、名詞句の外延を変化させることはきわめて明白だ⁵¹。いいかえれば、「例外を表す構造を有する量文は、(…) 典型的

50 S. Peters and D. Westerstahl, *Quantifiers in Language and Logic* (Oxford: Oxford University Press, 2006) 317. 議論の理論的伝統における「Unless 節」に関する鋭い分析については、次を見よ。F. Takahashi, 'Recht, Gesetz und Logik in Juristischer Argumentation: Bemerkungen zu den Theorien von Tulmin, Alexy und Neumann', E. Schweighofer et al. (Hrsg.), *Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer*, Editions Weblaw, Bern 2014.

51 J. Hoeksema, 'The Logic of Exception', in *ESCOL* 4 (1987) 100.

には量化の及ぶ領域を小さくすることによって、普遍量化の効力を減らすよう働く」⁵²。ある集合への一般化量子を弱める公理を仮定すれば、例外が議論領域の制約をもたらすとわれわれは考えることができる。それらは意味論的・語用論的制約によって主導される。例外オペレータの性質は難問の山を惹起する。それらは言語哲学で広く議論されてきたものであり、D'Almeida は例外の概念に光を当てるために彼の分析の中でこれらにつき考察できたはずである⁵³。ここではそれらのパズルのうちほんの少しについてだけ述べる。第一に、われわれは次のことを確かめなければならない。少しのあいだ立証責任の配分のことは脇におくとして、たいていの伝統的な説がそう考えてきたように⁵⁴、「でない限り (unless)」は「もし…でないならば (if not)」という形式の否定的条件法と論理的に等値——ないし、少なくとも後者を含意——するの可否か。これが真であるならば、「ラブラドルでない限り、どの犬も立ち入ることは許されない」といった規範は「もしラブラドルでないならば、どの犬も立ち入ることは許されない」と等値だということになろう——ないし後者を含意することになろう。第二の問題は「包摂条件 (Inclusion Condition)」と名づけられている。これは例外標識に関連づけられた名詞句の解釈に関係している。例えば「外国人以外のラブラドルの買主は前もってペットセラピー講座への受講許可を申し込む必要がない」というルールを考えてみよう⁵⁵。さてこの議論領域に関して、「外国人」の意味は文脈的に「外国人のラブラドルの飼い主」に制限すべきであろうか？それともそうではないか？第三の解釈上の問題は、いわゆる「唯一性条件 (Uniqueness Condition)」に関連している。すなわち例外は双条件法 (biconditional)、ないし言いかえれば「only-if 節」として解釈すべきか。唯一性条件が適用される場合、例外の集合は、量化の成り立

52 K. Von Fintel, 'Exceptive Constructions, in *Natural Language and Semantics*, 1 (1993) 2, 123.

53 J. Hoeksema, n 39 above; K. Von Fintel, n 50 above; F. Moltmann, 'Exception Sentences and Polyadic Quantification', in *Linguistics and Philosophy* 18 (1995) 223.

54 W. v. O. Quine, *Methods of Logic* (New York: Holt, 1950).

55 S. Peters and D. Westerstahl, n 48 above, 300-1.

たない唯一の状況を表現する。「犬は、盲導犬でない限り、レストランへの入店を許されない」といった規範的言明について考えてみよう。この言明は、盲導犬はレストランへの入店を許可される唯一の犬の集合であることを意味しているのだろうか？それともさらなる例外が許容されるのだろうか？われわれは「場当たりのな」アプローチを採らなければならないだろうか？最後に、包摂条件と唯一性条件の両方の基礎となっている推論の方向づけ方はどのようなものなのかは、はっきりとはわかっていない。それらは論理的含意 (entailment, implications, presuppositions) とみなされるべきか？それともたんに文脈的仄めかし (implicatures) とみなされるべきか？この点はかなり論争的であり、これを論ずるのはここではふさわしくない⁵⁶。とはいえ、目下の議論のために、Von Fintel が例外オペレータの意味の3つのまとまりに質的区別を与えたことに目を向けることには価値がある⁵⁷。(a) 例外が再考、修正ないし自己修正であるケース。これは構成の分析を妨げるように思われる。(b) 例外が非普遍限量子と同格に用いられるケース。これは一意に決まらない含意をもたらす。(c) 例外が限定的に用いられるケース。法におけるディフィージビリティへのこの区別の適用が興味深い考察をもたらしてくれるかもしれない。第一にわれわれは次のことを積極的に容認できるかもしれない。(a) のケースは、独立した諸法条文を組み合わせることで例外を単一のルール的一部分として取り扱う還元主義的アプローチをすり抜けるように思われる。ひょっとすると、ここでの最善の解答は、例外を独立したルールのなかで形式化し、一般的ルールとその例外との関係を規範競合ととらえることかもしれない。そうなるとその競合は特別法の原則を適用し、最も特殊な前件を有するルールへと優先性を与えることで解決されるべきである。この解決法によってわれわれは、構造的性 (compositionality) に対して一般的にもつ観念を保持できると同時に、諸

56 P. Nadathur and D. Lassiter, 'Unless: an experimental approach', in *Proceedings of Sinn und Bedeutung* 19 (2014) 426.

57 K. Von Fintel n 50 above.

条文の構造に、より信頼を置くことができる。第二に、(b) のケースにおいては例外の内容の同一性は **Unless** 節によって完全には定義されない。むしろその同一性は、例外的要素と非普遍限量子の相互作用の、語用論的推論を経た帰結である。

もちろん、ある分野における探究から得た洞察を別のそれに当てはめることにはごく慎重であるべきである。けれどわれわれは、言語の哲学における最近の展開がみな包摂主義の主な直観を支持するらしいことは考慮しなければならない。というのもそれらは例外的接続子を取りもなおさず、量子子のかかる領域から個体を減ずる「マイナス (minus)」の名詞修飾語として取り扱うからである。もしこのテーゼが正しければ、D'Almeida により包摂主義的戦略を攻撃するためになされたすべての努力はほとんど功を奏さない。もし 'Unless' の意味論が取りもなおさず否定のひとつであるとすれば、われわれはディフィージビリティについての Hart 流の理論が「偽装された (disguised)」包摂主義の一形式と解釈しようと考えたくなる。

私の見解によれば、ディフィージビリティについてのテーマに関わる二つの根本問題が存在する。それらは法学者によるさらなる探求を要する。どちらの問題も完全に D'Almeida の分析の射程の外にあるように思われる。その第一は **Unless** 節と条件的規範の関係であり、その第二はレレヴァンス (relevance) [=とるに足る重要性 (注安達)] の問題である。ここで私はそれらの問題につきいくらか述べる。

ディフィージビリティは条件的法規範ないし条件的法概念の前件に属するなんらかのもの (属性か、あるいはひょっとすると機能か) であるようだ。つまり、——帰結部に表される——規範的帰結を適用するためには、——前件部に表される——特定の条件が充足されなければならない。したがって、定言的規範 (ないし命法) は例外を全く許さない。これは定義からそうである。ディフィージビリティによってわれわれは、前件に表現される諸条件はデフォルト的に (by default) [=反対の事情がない限り (注安達)] にのみ適用されるこ

とを知る。つまり、もしなんらかの追加的、例外的な属性が現れた場合、法的帰結は結実しない。それら追加的属性は、一般的には、なんらかの異常が起こったケースに対応する。J. L. Austin がよく言うように、「逸脱なき変更はない (no modification without aberration)」！⁵⁸ だれかがなにかをしたことで非難される状況では、彼は許されることがよくある（そこでは例外的属性の発生があるはずだが）。さて、ディフィージビリティとは何かを正確に述べるためには、われわれは後戻りしなければならない。というのもわれわれはかなり込み入った論点、つまり規範的条件法の性質という論点に取り組みなければならないからである。足立英彦が最近指摘したように、この問題にはさまざまな解決策がある。そのため私はここでこの論点を探究しない⁵⁹。

続いてレレヴァンス (relevance) について。疑いのないことだが、レレヴァンスは例外とみなされるべき属性をわれわれのために選び出し、分類する仕組みである。レレヴァンスの基準はわれわれの法の実践と慣行によって決定される。そしてそれは時代を経て変わる。それゆえに、例えば、ある法秩序のなかでは、殺人事件における悪魔憑き、あるいは拷問の事件における被害者が特定の民族グループに属しているという事実は免責の条件とみなされうるかもしれないが、その一方で、ほかの法秩序のなかではまさにそれらの事実が責任加重の要素とみなされることすらあるかもしれない。これは明らかに、規範的観念としてではなく、純粋に記述的観念として理解されるところのある種の相対主義が前提になっている。レレヴァンスに関連するさらなる問題は、例外が不確定的でもありうるということが起こりうることである——例えばそれは曖昧さに影響されるかもしれない。

ディフィージビリティの効果が現れるとき、レレヴァンスの問題は類似性やアナロジーの概念とつながる。例外を導くためにわれわれは、目前の事件はあ

58 J.L. Austin, n 13 above, 15.

59 H. Adachi, 2014. 'Conditional Obligation and Fact Statements', presented in the 9th East Asian Conference on Philosophy of Law, 22 August 2014 in Seoul.

る特定の規範ないし法概念の前提に記述される事件と、似ていない——あるいは類推が利かない——、と考えなければならない。けれど「似ている」とは何を意味するのか？二つの事件が似ている、ないし類推的だということをわれわれはいつ判断するのか？これらの問題は明白というにはほど遠い。そして法理論家はいつもこの点をおざなりにしてきた。Amos Tversky の言葉を用いれば、われわれは次のように考えられる。「類似性は知識と行為の理論における根幹的役割を果たす。これは諸個人が対象を分類し、諸概念を形成し、一般化を行うのによってたつ組織だての原理として働く。(…)類似性ないし非類似性のデータはさまざまな形態で現れる。対の度合い、対象の分類、社会的共同性、代替の利かなさ、発生の相互関連性。これらの情報を分析することで、観察される類似関係の説明と、考察対象の背後にある構造の把握が目指される」⁶⁰。さらに Tversky にしたがえば、われわれは次のように言える。類似性とは「点と点の計量的距離の算定というよりは、諸特徴の比較であるという方がよい」⁶¹。「a は b のようだ」という形式の言明は「指示的」である。というのもこの言明は主語（‘a’）と指示対象（‘b’）を有するからである。さらに、一般的には、このような言明はその逆を言うことができない。すなわち、「a は b のようだ」は「b は a のようだ」を含意しない。例えば、「トルコ人は虎のように戦う」とは言っても「虎はトルコ人のように戦う」とは言わない。そしてそれゆえに、その特異な関係はステレオタイプや原型（とすれば己が属するカテゴリの代表的存在も）を、主語としてではなく指示対象として捉える（そのファイティングスピリットで知られているのは虎であってトルコ人ではない）。類似性のもうひとつの重要な特徴は、それが推移律を認めないということである。すなわち、もし‘a’が‘b’に似ていて、かつ‘b’が‘c’に似ていても、そのことは‘a’が‘c’に似ていることを必ずしも導くとは限らない。例えば、ジャマイカはキューバによく似ていると言えるし（地理的近似ゆえ

60 A. Tversky, ‘Features of Similarity’, in *Psychological Review* 84 (1977) 4, 327.

61 Ibid. 327.

に)、キューバはロシアに似ているとも言える（それらの政治的親近性ゆえに）。けれどここからジャマイカとキューバが似ていることが必然的に出てくるとは言えない。事実、それらは全く似ていない⁶²。

これらの考察から、われわれは次のように主張できる。計量的モデルは類似性の複雑性を取り扱うにはあまりに単純にすぎる。そしてそれに代わる代替モデルが構築されるべきである。そのモデルは、対象となるペアについての特徴のつき合わせ (feature matching) というのは実に複雑な操作である、ということ念頭に置くものであるべきだ。二つの対象を比較する際にわれわれは、それら対象に帰する性質についての情報の集まりのなかから、レヴェアントな要素のみを抽出してリストする。類似性はその後、次の3つを引数にもつ対照関数 F によって定義される。すなわち 'a' と 'b' に共通する特徴、'a' に属し 'b' に属さない特徴、そして 'b' に属し 'a' に属さない特徴である。これはほんの出発点であり、類似性についての推論に取り組むためにさらなる原理 (たとえば単調性) がつけ加えられるかもしれない。

解説

本稿の著者アレッシオ・サルド (Alessio Sardo) はイタリア・ボッコニー (Bocconi) 大学法学部の研究員 (Researcher with Grant) であり、Damiano Canale 教授と共に法哲学の授業を担当している。サルドは2016年夏に研究報告のために来日し、まず、7月30日に明治大学駿河台キャンパスで開催された東京法哲学研究会において Imperatives between Law and Language というタイトルの報告を行い、その後の8月2日には金沢大学基礎法研究会において別内容の報告を行った。本稿は後者の報告のためにサルドが準備した原稿 (英語) を博士前期課程院生の安達充君が全訳したものである。10月末時点で本人に確認したところ、報告原稿は金沢での報告のために準備したものであり、雑誌への投稿はまだ行っていないとのことであった。本稿でサルドは、古典論理と

62 Ibid. 328.

非単調論理の間の争いという形で行われてきたディフィージビリティー（撤回可能性）に関する問題に対して、L. Duarte d’Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (Oxford University Press, 2015) が立証責任の問題と結びつけるという新しいアプローチを提示したことを紹介し、批評を加えている。本稿はディフィージビリティーを理解するために検討しなければならない様々な論点に触れており、この問題を考える際に非常に参考になると思われる。(足立英彦)