

(要約)

## 阻却可能性と法的推論

高橋 秀明

はじめに

原則であるルールの適用の際、例外的事情がないことはそのルールの適用のために必要とされない。それに対して、その原則に対する例外は、原則であるルールの要件に加え、さらに例外的事情が認められる場合に適用される。そして例外が適用されるとき、原則は適用されない。法的推論において原則と例外の適用には区別が存在する。本論文の目的は、このような法的推論における原則と例外の区別がどのようにすれば形式的に表現されるかを、阻却可能性 (defeasibility) という概念から明らかにすることである。

### 第1章 原則と例外

本章では、法学において従来例外がどのように理解されていたのかを、原則に対して例外が設けられる実質的な目的と、例外と原則との形式的関係という観点から概観し、そのような理解では原則と例外の区別が失われてしまうことを示す。

制定法の分類として、原則法と例外法という分類がなされることがある。原則法とは、ある一定の事項について一般的に適用される法である。例外法とは、その一定の事項に該当するが、原則法を適用すると著しく不合理な結果が生じる場合に、そのような不合理な結果を回避して衡平な結果を実現するために、立法者が、原則法と異なる取扱いを定めた法である。即ち、例外法とは、衡平の実現を目的として制定される法として理解されている。

例外は立法だけでなく、法教義学や司法においても重要性を持つことが主張されている。Niklas Luhmann は、原則/例外-図式 (Regel/Ausnahme-Schema) が、法的ルールの正当化にヨリ高い抽象性と構造化を要求することによって、法教義学の元となったことを指摘した。服部高宏は、Luhmann に示唆を受けて、原則ルールが通常の事案の形式的・安定的処理をもたらす一方で、厳格な条件のもとで例外ルールを認めて具体的妥当性を確保するという原則・例外思考が法教義学において重要性を持つことを主張する。また、陶久利彦も Luhmann に示唆を受けて、原則・例外思考を論じている。陶久は、裁判官は法的ルールの適用が不都合な結果を生じさせるという価値、判断を下した場合にそれを回避するために例外を設定すると主張している。服部と陶久両者に共通することとして、原則を画一的に適用した場合の不都合な結果を避けるためのものとして例外を捉えていることが挙げられる。例外は法教義学、法的思考においても衡平実現の手段としてみなされている。

また、制定法上での原則法と例外法の区別と、法教義学上での原則・例外思考が交錯する場の具体例として、刑法学における犯罪論が挙げられる。刑法学において一般に、犯罪

とは、構成要件に該当する違法かつ有責な行為であり、この順番に従って犯罪が成立したか否かが判断される。この判断構造は、構成要件を違法類型として理解するか、違法・有責類型で理解するかで若干の違いがあるものの、原則と例外という構造を持ち、体系性を志向しつつも、画一的な判断と具体的事案における適切さを目指してのものだと説明されることがある。

次に、例外と原則との関係が従来形式的な関係においていかに捉えられてきたかをみる。例外はしばしば、完全な法命題（自立的法命題）と不完全な法命題（非自立的法命題）という分類において、自立的法命題を制限する非自立的法命題として表現される規定であると理解され、法の適用の際には、例外規定に定められたその例外的取扱いの要件の不存在が、原則をなす法規範の条件の一部として組み込まれると理解されてきた。

しかしながら、例外を実質的な目的から理解するにせよ、例外的取扱いに関する要件の不存在が原則に組み込まれるという形式的な理解をするにせよ、例外を原則から区別することは困難である。なぜならば、実質的な目的からの例外を理解する場合、原則と例外の関係において、どちらが原則でありどちらが例外であるかに関しては流動的であり、形式的な側面から例外を理解する場合、例外たる制限的規範は、法の適用にあたっては大前提をなす法規範の要件の一部に例外構成要件として組み込まれるがゆえに、法規範の要件と例外（規定が定める要件）とを区別することができなくなるからである。

## 第2章 阻却可能性

本章では、阻却可能性という語が法哲学に導入された経緯と、その後の展開の一端を検討する。

阻却可能性という語を法哲学に導入し、それが議論される端緒を開いたのは、H. L. A. Hartの「責任と権利の帰属」（1949年）である。この論文には、言語行為論で知られる哲学者J. L. Austinの影響が以下の二点において顕著に認められる。即ち、第一に、「責任と権利の帰属」において、言語行為論に至る以前のAustinの分析枠組みである「行為遂行的発話」と「事実確認的発話」の二分法が採用されている点、第二に、この論文が、Austinによる1956年のアリストテレス協会会長講演「弁解の弁」と内容上類似している点である。

Hartが阻却可能性という語を導入したのは、直接的には、法的概念がある特徴を持つが故に、法的概念の説明を、その適用のための必要十分条件という観点から行うことが不適切であることを示すためであった。Hartは、法的概念のそのような特徴として曖昧性を挙げた後、それに加えて挙げた特徴が阻却可能性である。それは、法的発話にはその結果を弱めたり無効にするような多様な抗弁や例外が存在し、そういった例外や抗弁の欠如を一般的用語のもとで法的概念の必要条件として定式化することが不適切であるがゆえに、法的概念は必要十分条件によって正確には定義できず、法的概念の定義や説明において「でない限り（unless）」という語が不可欠であるということであった。そういう意味で、Hartは、法的概念は還元不可能な仕方では阻却可能である、と主張した。

Hartの「責任と権利の帰属」における第一の目的は、法的概念の特徴を説明することで

はなかった。それは、「私がそれをした」、「彼がそれをした」、「君がそれをした」といった行為文の一次的機能が、その文が言及する者に責任を帰属させることにある、ということを示すことであった。これを示すために Hart は、法的概念が阻却可能な概念であると主張した次に、「これは彼のものだ」、「これはあなたのものだ」といった文の発話が権利の承認や帰属の確認といった「行為遂行的」な機能を持っており、これに関わる概念（所有代名詞）は阻却可能な概念であると主張し、同様に、人間行為の概念も阻却可能でかつ帰属的な概念であることを主張した。

「責任と権利の帰属」の主張は批判を受け、Hart はこれを撤回する。しかし、「責任と権利の帰属」の撤回以降も、阻却可能性は議論の対象になってきた。Hart 以降の議論において、「阻却可能な」と形容されたものは、概念だけにとどまらず、ルールや主張、推論など様々であり、それらの阻却の態様は必ずしも例外の存在から説明されるわけではなかった。例えば、Frederick Schauer や Richard. H. S. Tur は、阻却可能性を法的ルールの非適用（override）として捉えている。彼らが阻却可能性を論じる際に例外を強調しないのは、ルールと例外の区別に重要性を認めないからである。Schauer は、ルールに対して事前に例外が定められるのは、単に偶然的な事柄に過ぎず、ルールの作成者が自分の意図した通りの適用対象を持つルールを作るために端的にその適用対象を指す言葉があれば、その言葉によってルールの適用の条件を定めるし、そのような言葉がなければ、「でない限り」という形で例外をルールに付すだけだ、と主張する。

Schauer は、裁判官による例外の創出とは区別される、ルールが適用されない可能性（overridability）としてルールの阻却可能性を捉える。ルールが要件を満たしているにもかかわらず適用されない場合でもなおそれがルールであるためには、非適用の理由がそのルールの目的よりも強いという条件を満たすような緊急性の基準が事前に規定可能であり、実際に規定されていることが必要である。そして、その基準を満たす具体的な状況が列挙可能ではないような場合が、Schauer の考える阻却可能なルールである。

Tur も Schauer 同様に、阻却可能性において例外を強調しない。Tur が強調するのは、正義や衡平といった実質的価値がルールを上回る（override）場合である。

例外がどのように区別されるかを阻却可能性によって明らかにするためには、彼らのように阻却可能性において例外を等閑視する立場は不適切である。しかしながら、例外に独自の意義を認める阻却可能性のコンセプトも存在する。とりわけ、Giovanni Sartor と Luís Duarte d'Almeida の阻却可能性の理解が注目に値する。彼らは、それぞれ異なる阻却可能性の理解をとりながらも、法的結論の導出のために裁判において何が証明されなければならないか、何が証明されてはならないか、という観点から例外を説明している。

### 第3章 推論の阻却可能性—Giovanni Sartor の阻却可能な推論のモデル化

本章では Giovanni Sartor が阻却可能性をどう理解し、その理解において例外がどのように捉えられるかを検討する。

Sartor は、主として阻却可能性を推論の阻却可能性として理解する。推論が阻却可能で

あると言われるとき、その推論は、ある前提から特定の結論を引き出すことができるが、その前提に例外的情報が加わる場合には元の結論を引き出すことができない。Sartor は、このような推論において、前提が追加されることは元々の結論の撤回に至りうるのであり、この前提の追加による結論の撤回という阻却可能な推論の特徴は、単調的推論と非単調的推論の区別によって概念化される、と主張する。単調的推論とは、ある前提から導出される結論は、その前提を部分集合とするような前提の集合からも導出されるような推論である。一方、非単調的推論とは、ある前提から導出される結論が、その前提を部分集合とするような前提の集合から導出されない場合があるような推論である。そして、阻却可能な推論は非単調的推論である。つまり、前提に新たな情報が加わった場合、元々の前提も維持しているにもかかわらず、元々の結論を撤回しなければならない場合があるのである。Sartor は、法規範が原則と例外の組合せを用いていることを理由の一つとして、法的推論が阻却可能な推論であると主張する。

また Sartor は、法的効果とその十分条件を結びつける法規範を完全条件法的規範と呼ぶ。完全条件法的規範の前件は、リテラル（原子式又は原子式の否定）の連言であり、その連言肢の各々—Sartor はこれを前件の要素と呼ぶ—を、裁判官が法的決定を下す際に証明される必要があるか否かという観点から二つに分類し、完全条件法的規範の前件である総体的法的条件（total legal condition）の充足のために証明されなければならない要素を *probanda* と呼び、反駁されてはならない要素を *non-refutanda* と呼ぶ。ある要素 A が *non-refutandum* であることを Sartor は  $\langle A \rangle$  と表記している。

Sartor は、この *probanda* と *non-refutanda* の区別に基づいて、例外規定の要件である例外事実は、それが成り立たないことが反駁されてはならない事実として原則の要件の一部に組み入れられることを主張する。

次に、Sartor による非単調的な法的推論のモデル化として、対象言語とメタ言語の混合言語を扱う体系と、議論（argumentation）による非単調的推論の表現が検討される。対象言語とメタ言語を混合した論理的言語による表現では、*non-refutandum*  $\langle A \rangle$  は、「 $\lceil \bar{A} \rceil$  は利用可能な前提集合  $\Pi$  において導出可能ではない」と表現される。

一方、議論（argumentation）による表現では、原則である法的ルールと事実的前提、そして結論からなる argument を攻撃する argument の構成要素の一つとして例外規定は捉えられることになる。

本章の最後には、Sartor の阻却可能性の理解の位置付けをめぐる問題と、*probanda* と *non-refutanda* の多義性が批判の対象とされる。Sartor は、推論の阻却可能性以外にも、阻却可能な法的推論の進行過程と法手続きのルールにかかわる過程基底の阻却可能性、そして、利用可能な情報を説明する諸理論を評価し、選択することにかかわる理論基底の阻却可能性を認める。これらの阻却可能性の理解において Sartor による法的推論のモデル化がどのように位置付けられ理解されるのかが更なる検討を要する問題として残ることになる。

*probanda* と *non-refutanda* の区別を導入した完全条件法的規範の定式化は、法的効果の十分条件を示すのと同時に、その十分条件が充足される条件をも示そうとしている。このような規範の定式化において、規範それ自体の定式化と法的結論を導出するために規範が

どう用いられるかの説明とが混ざり合っている。つまり、*probanda*と*non-refutanda*という語は、確認されなければならない要素と反駁されてはならない要素を意味すると同時に、ある要素が確認されなければならないということと、ある要素が反駁されてはならないということの両方を意味しており、この多義性のために、Sartorによる対象言語とメタ言語を混合した論理的言語による法的推論のモデル化において、*non-refutandum* (A)は「 $\neg A$ 」は $\Pi$ において導出可能ではない」と表現される一方で、*probandum*は端的に「B」というように表現されている。

このような*probanda*と*non-refutanda*の多義性を指摘し、Sartorを批判する論者としてLuís Duarte d'Almeidaがいる。Duarte d'Almeidaは、Sartorが、*probanda*と*non-refutanda*をそれぞれ、法的効果導出のためにその確認が必要である要素と、法的効果導出のためにその反駁がないことが必要である要素と定義する一方で、法的要件充足のために確定されるべき要素と、法的要件充足のために反証されてはならない要素としても定義していることを指摘し、後者の定義が不要であることを主張する。そして、Duarte d'Almeida自身はそのような多義性を回避し、ある事実それ自体ではなく、その事実の証明の存否を、裁判官がある判決を下す権限を持ち、かつ、その判断を下すことが要求されるための条件として定式化する。

#### 第4章 阻却可能な判断— Luís Duarte d'Almeidaの証明基底的説明

本章では、裁判における証明の観点から裁判官の決定の条件を定式化するLuís Duarte d'Almeidaが例外をどのように捉えているかについて検討する。

Duarte d'Almeidaは、H. L. A. Hartの「責任と権利の帰属」以降の議論状況を、例外状況(exceptional circumstances)が原則であるルール要件に還元可能か否かをめぐる論争として理解し、ルールへの例外の還元を肯定する立場をとる者たちを「組入れ主義者(incorporationists)」、ルールへの例外への還元を否定し、法的推論を非単調的推論として捉える立場をとる者たちを「非演繹主義者(non-deductivists)」と呼ぶ。Duarte d'Almeidaは、この二つの立場のどちらにも欠点があることを指摘する。即ち、組入れ主義は、原則ルール要件と例外の区別を説明することができず、他方で、非演繹主義は、例外のリストが事前に存在する場合にも、正しい判決の十分条件を規定することを拒否し、さらに、法的推論の演繹性を否定してしまう、と。組入れ主義をとれば、正しい判決の十分条件を特定することができ、法的推論の演繹性も維持されるが、例外とルール要件の区別は失われる。しかし、非演繹主義をとると、ルール要件と例外との区別を維持することができ、正しい判決のための十分条件を与えることができない。Duarte d'Almeidaが目指すのは、ルール要件と例外との区別を維持し、かつ、裁判官が判決を下すための十分条件の規定可能性を確保し、演繹的な法的推論という見方を擁護することである。Duarte d'Almeidaはその議論をHartの「責任と権利の帰属」の批判的再構成から始める。

Duarte d'Almeidaは、阻却可能性を例外がありうるような判断・決定の性質として捉え、裁判官の判決・決定をそのような阻却可能な決定として考え、Hartの主張を、「阻却可能な

決定の正しさが依存する状況は必要かつ十分な諸条件の集合によって規定されえない」というテーゼと、「例外は阻却可能な決定の必要条件に還元可能ではない」というテーゼに再構成する。

Duarte d'Almeida の課題は、前者のテーゼ（「規定不可能性テーゼ」と呼ぶことにする）をしりぞけ、後者のテーゼ（Duarte d'Almeida は「還元不可能性テーゼ」と呼ぶ）を擁護することである。そのために Duarte d'Almeida が提供するものが「証明基底的説明」である。この説明は、一方で、事実それ自体ではなく事実の証明の有無を裁判官が決定を下すための条件とすることによって、それに対する必要かつ十分な条件を与えて、規定不可能性テーゼが偽であることを示し、他方で、証明が必要な事実と証明されてはならない事実という区別を導入して、例外と原則たる実体的ルールの要件との区別を維持することによって、還元不可能性テーゼが真であることを示すというものである。

Duarte d'Almeida の「証明基底的説明」において、まず例外の同定に裁判官の裁量の行使が不要であるような「明示的例外」に関して、阻却可能な決定の必要十分条件が定式化される。Duarte d'Almeida は、ある判決が下されるために現前していなければならない事実言明の連言を  $P$ 、阻却状況の選言を  $D$  とあらわして、例えば裁判官が原告有利な決定を下す権限を持ち、かつ、その決定を下すことが要求されるとき条件を、「原告有利な決定をすることが正しいのは、( $P$ が証明される、かつ、 $D$ ということが証明されない) 場合かつその場合に限る」と定式化するのである。つまり、証明基底的説明において、例外状況は、ある判決を下すために証明されてはならない事実として、ある判決を下すために証明されなければならない事実である原則の要件と区別されるのである。Duarte d'Almeida は、この定式化を拡張して、例外の例外が許容されている場合、さらに、裁判官が例外の同定をする裁量を行使する場合、即ち、暗黙的例外の場合についても、裁判官が判決を下すための条件を具体的な事案に先立って定式化することを試みる。

暗黙的例外の場合、Duarte d'Almeida はある法的決定が正しく下されるための条件を、裁判官がその事案において、特定の事実を例外として同定する権能を行使しなかったという事実として捉え、従って、そのような権能行使の条件を規定することを目指す。その際、彼は、裁判官が例外を同定する裁量を行使してよい条件を、いかなる例外も認めない場合の立法者のコミットメントと、裁判官に例外を同定する権能を認める場合のコミットメントとを明らかにし、それらを比較することによって与える。

Duarte d'Almeida の証明基底的説明の長所と短所は表裏一体である。彼は、ある判決  $J$  を裁判官が下すための条件を、事実の証明の存否によって説明しているから、裁判官がある判決  $J$  を下すことが正しいことは以下のように推論されるだろう。

- (1)  $P$ が証明される、かつ、 $D$ が証明されない。
- (2)  $P$ が証明される、かつ、 $D$ が証明されない場合、裁判官は決定  $J$  を下すことを法的に権威づけられ、かつ、要求される。
- (3) 従って、裁判官は決定  $J$  を下すことを法的に権威づけられ、かつ、要求される。

Duarte d'Almeida が非演繹主義を退ける理由は、法言明と事実言明によって法的決定の演

釋的正当化が与えられることを手放したくないからである。しかし、上で示した正当化の構造において、結論である(3)は決定それ自体の正当化ではなく、裁判官がその決定を下すことの正当化である。これは Duarte d'Almeida が、例外を実体的ルールの観点から表現しようとするのを退け、手続的ルールの観点において表現するためだけではなく、法的推論を裁判官の行為を結論とする推論として捉えようともしているからである。これは Duarte d'Almeida の理論の長所であり、短所でもある。Duarte d'Almeida は、例外を裁判における証明という観点から捉えることで、例外が例外であることの特徴を浮き彫りにしている一方で、法的推論を法的決定それ自体ではなく、裁判官が法的決定を下す権限を行使することの正当化として理解し、それによって、裁判の当事者間の権利義務を定める実体的ルールの観点が等閑視されるという事態を招いている。

おわりに

Sartor と Duarte d'Almeida による例外についての見解を比べたとき、両者はともに裁判官が決定を下す際の条件に着目して、証明や反駁といった手続きの観点から例外事実・例外状況に例外としての地位を認めていることがわかる。このような見方は、例外はある法的結論を導かないし正当化する過程において、その例外に該当する事実がないことが主張される必要がないという、法的推論における例外の振舞いを上手く捉えている。

法的推論の一部が、大前提たる法規範と、小前提たる事実言明、そして法的結論からなるいわゆる法的三段論法であるとするならば、例外を阻却可能性から説明することは、手続きの要素が入り込むという問題を抱えている。一方、非単調推論によって表現する場合、要件と効果を結びつける条件法は、実質含意よりも弱いものになってしまう。また仮に例外を手続きの側面から捉えることが適切であるならば、そのような捉え方は裁判官が判決を下すことの手続法上の正当化にかかわるのであって、実体法上、ある法的効果が正当化されることとは異なる事態なのではないだろうか。そして、実体的ルールとそれによる法的推論において例外の独自性を維持するのであれば、非単調的な推論による説明を用いることが説得的である。