

創造的法解釈方法論試論

執行秀幸

明治学院大学法学部

h-shigyo@db3.so-net.ne.jp

1. はじめに

1-1. 法科大学院で学ぶべきもの

立法はむろんのこと、解釈においても、とくに、判例はあっても、判例とは異なる立場に立たざるを得ない場合、判例や学説のない場合等では、法律家に創造的思考力が求められよう¹。そこで、法科大学院の教育にあっては、創造的な思考力を育成する必要がある。しかし、その育成だけが重要なわけではない。たとえば、法科大学院の教育理念として、「専門的な法知識を確実に習得させるとともに、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力、あるいは事実即して具体的な法的問題を解決していくために必要な法的分析能力や法的議論の能力等を育成する」ことが指摘されている²。

¹ その他に、判例や学説があっても、それらでは妥当な問題解決とならないと考えられる場合、訴訟をするか否かをも含めた多様な選択肢からより合理的な解決を考える問題解決等が考えられよう。

² イギリスの法学教育の指標として、法学教育で学ぶべき能力として、つぎのようなものが上げられている。専門能力(法知識、法知識の適用・問題解決能力、文献資料の調査をして法の現状を明らかにする力)、一般的な転移可能な知的スキル(分析力、統合力、批判的判断力・評価力、自立性・学習能力)、基本的スキル(コミュニケーション能力、読み書き能力、その他の基礎的スキル[数量的思考力]、情報技術を使いこなす能力、チームワーク)である(Karen Hinett, Developing Reflective Practice in Legal Education, 11(UK Center for Legal Education, 2002)。また、理想的な法学教育として、次のような指摘もある。学生に、学習は個人的で、特定の文脈と結びつき、関係的、発展的なものであることを認識するよう支援する(自分は何をすでに知っているかを理解する。課題をさらに理解するには、何を知らなければならないかを明らかにする。新しい知識や経験を深く理解するためには、新しい情報を既存の知識や経

しかも、創造的思考力だけをその他のものから切り離して論ずることは困難である³。そこで、本稿は、あくまでも創造的思考力育成の側面から法科大学院の教育、とくに法解釈の方法についての教育について考えようとするものである。

1-2. 創造的法解釈とは

法解釈も新たに法文を定立すると言う意味で法創造である。その場合、解釈として法創造がなされればどのような解釈でも、一応、法創

験と関係づける必要がある。そのことにより、次に何をすべきか、どのようにして、より理解を深めたらよいのかについて選択をすることができる。)。学生が、自立した学習者になるよう支援する。学生が批判したり評価したりする経験の機会を提供する。知識や、スキル、経験にもとづく内省を含み、法を全体的にみることができるようになる。内省が専門家の行為の中心であるという考えを推し進める(Id at 16.)。

³ 問題を解決する力(考える力)としては、次のような能力が必要とされている。知識、考える力(論理的思考力(迅速に正解を見つける)、創造的思考力(拡散的思考力、斬新で非凡なアイデアを考え出す)、批判的思考力(自分の考えがてきせつであるかどうか冷静に判断)、判断力(合理的な結論を導き出す、的確な判断力)、自らをコントロールする力(自分自身の学習や思考の過程を自分自身で認識する「メタ認知」、正しいメタ認知にもとづいて自分自身の学習の舵取りをする「自己制御力」、困難に出会っても途中であきらめずに、最後まで学習をやりとげる「意志力」)(森敏昭「自ら学び自ら考える力とは何か」北尾倫彦編『自ら学び自ら考える力を育てる授業の実践』23～24頁(図書文化、1999年)。なお、創造的思考力につき、その促進のためには考え方に目を向けさせる必要があるとの指摘がある(三宮真智子「創造的思考」森敏昭編『おもしろ思考のラボラトリー』133頁(北大路書房、2001年)。また、批判的思考力とは、「よい思考」つまり「見かけに惑わされず(批判的態度、省察的懐疑)、多面的にとらえて(創造的・柔軟な思考)、本質を見抜くこと(論理的・合理的思考)」であり、「批判と改善の往復運動」とも言え、ポイントは「批判」だといわれている(道田泰司「批判的思考」森敏昭編『おもしろ思考のラボラトリー』(北大路書房、2001年)。

造といえる。しかし、目指すべきは、法律家に求められる法創造である⁴。そこで、当該法的問題において考えられる「法創造」の中でも、より反論に耐えうる法創造を目指そうというものである。考えられうる、ほぼすべての「法創造」(法解釈)の中から検討したうえで提示する法創造(法解釈)であることから、その意味で「創造的法解釈」ということが許されよう。

1-3. 創造的法解釈教育方法論

そして、そのような創造的法解釈(筆者が民法が専門のため、専ら創造的な民法の解釈ということになるが)を単独でなしうるようにするためには、どのような教育方法が、より効果的なのかという点が、この研究会での筆者自身の当面の研究課題である。

そして、そのためには、次のようなことが明らかにされなければならないであろう。第1に、わが国の法律家はどのように法創造を行っているのかの原理を探究し、そこから、そのことをなしうるためには、どのような知識・スキル等が必要なのかを明らかにする。第2に、そのような知識、スキル等を習得するための教育方法を検討する。第3に、第1、第2の課題の前提として、「法的問題」に適切な根拠条文を「発見」する方法を明らかにして、その方法を習得する教育方法を開発する。

そして、この研究課題の予備的考察として民法解釈論の中で大きな影響力のある星野英

一教授の「利益衡量論」⁵と、「利益衡量論」を批判する平井宜雄教授の法解釈論(法律家一般の活動を「議論による問題解決〔行動〕」との視点からする法解釈論⁶)、さらに、これらの解釈論をめぐる最近の議論⁷を参考に検討した結果、つぎのような結論に達した。

(1) 平井教授が指摘するように、客観的に妥当な法解釈がなされうるためには「議論」が重要な機能を果たすべきで、法律家一般の活動の目的を「問題解決」に置き、問題解決の視点から考えていくべきである。

(2) しかし、平井理論では、法的価値判断は発見のプロセスに位置づけられ、正当化のプロセスを反論可能性、法律家共同体の用語法、法的思考様式に限定するが、正当化のプロセスでも法的価値判断を問題とする必要がある。

(3) また、平井教授は、「正しい発見」の方法など存在せず、発見の動機はなんでもよく、重要なのは法的言明によるプロセスだといわれるが、法「発見」にとっても「正当化」の構造や方法が重要な機能を果たすと考えられる。

⁵ 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第1巻』(有斐閣、1970年・初出1968年)。

⁶ 平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989年)、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、1991年)。

⁷ ジュリスト編集部編『法解釈論と法学教育』(有斐閣、1990年)、山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現況と課題」『現代法学の思想と方法』(岩波書店、1997年)、瀬川信久「解釈方法論の展開」『私法学の再構築』(1999年)、能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」『星野先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題上』(有斐閣、1996年)、「ミニ・シンポジウム法解釈論と法学教育」ジュリスト940号(1989年)。

⁴ 創造的思考とは、新しい、またはオリジナルで、かつ何らかの価値の基準を満たす考えを作り出すこととされている(J.Weinstein and L.Morton, Stuck In a Rut: The Role of Creative Thinking in Problem Solving and Legal Education, 9 Clinical Law Review 835, 837-838(2003)). もっとも、創造的思考と通常の思考との間に質的なちがいはないという結論に達しつつあるとも言われているようである(小橋康章「創造的思考と発想支援」市川伸一編『認知心理学4思考』182頁(東京大学出版会、1996年))。

(4)「正当化」の構造・方法は、法的問題の型(条文に関連した)によって制約されるとの仮説を提示した。

1-4. 本稿の課題

これらの検討結果を受けて、本稿では、つぎのような点を考察していきたい。

第1に、「法的問題」に適切な根拠条文を「発見」する方法を明らかにしたい。ただ、その方法を習得する教育方法の開発は今後の課題としたい。

第2に、創造的法解釈の方略⁸(ストラテジー)をさらに追究し、ある程度の試論を示したい。

第3に、そのような方略を習得するための当面の教育方法を若干考えてみる。

ただ、これを検討する前に、創造的法解釈方法論研究のいくつかの、これまでの予備的考察の補足をしておきたい。

2. 創造的法解釈方法論をめぐる基礎的諸問題

2-1. 創造的法解釈方法論開発の困難性と必要性

法解釈の方法については、これまで内外の多くの業績がある。そこで、おそらく、そのような中で、新たな法解釈方法論を提示できるのか、ましてや「創造的法解釈方法論」と聞いただけで、おそらく、うさんくさい感じをもたれるのではないと思われる。そのような方法論を論じるより、まず、自分の創造的法解釈により実

作で示するのが先決ではないかという批判も当然でしょう。

これらの批判等はもっともである。しかし、法科大学院にあっては、前述のように、判例や学説がない場合にも当該条文の解釈をしたり、判例とは異なる解釈論を説得的に提案できたりする力の育成が求められる。そこで、その具体的な方法が明らかになっていなければならない。だが、現在までのところ、必ずしも十分明らかになっていないのではない。そこで、その解明は是非とも必要で、法科大学院の開設を間近に控えた現在、緊急を要する。そこで、さらに、これまでの法解釈論、法哲学、法思想等の研究⁹から学ぶ必要性が十分残されていることは、筆者自身、痛感しているが、この段階で、長年の教育という「実践」を通して試行錯誤しながら考えてきた、「創造的法解釈方法論」の試論(試論としても完成の域にも達していないが)を提示することは許されよう。

2-2. ソクラテス・メソッド、ケース・メソッド—わが国の創造的法解釈の視点からの意義

多くの法科大学院の授業で、アメリカ合衆国の授業の方法であるソクラテス・メソッド、ケース・メソッドが取り入れられようとしている。そこで、そのような方法が、もし学生が創造的な法解釈を行う力を育成するものであれば、その他の方法を考える必要はなくなる。

たしかに、わが国の伝統的な講義と比較するとすぐれた点があり、その点を学ぶ必要がある。しかし、創造的法解釈を行う能力の育成という見地からすると、アメリカ合衆国で行われ

⁸ 「方略とは一般に、ある範囲の活動をよりよく運営するためには、いつ何をすればよいかについての明確なプランをさす」(三宮真智子「思考におけるメタ認知と注意」(市川伸一編『認知心理学4思考』172頁(東京大学、1996年))。

⁹ 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)、平野仁彦他『法哲学』(有斐閣、2002年)、中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店、2000年)が、わかりやすい。

ている方法そのままでは、必ずしも十分なもの
といえないと考えられる¹⁰。

10101010 アメリカ合衆国におけるケース・メソッドの意義としては、次のような点が指摘されている(A. M. Burkhardt & R. A. Stein, How to Study Law and Take Law Exams, 51, 99 [West Group, 1996])。ケースの原則の射程を判断して、将来のケースの結論を予想できるようになる。実際の訴訟のコンテキストで法を学ぶことにより、どのように紛争が生じ、その解決の司法手続き、適用される救済方法を学べる。ケース・メソッドにより、法は生きたものとなる。

しかし、ケース・メソッドは、わが国において、つぎのような限界があると考えられる。アメリカ合衆国と異なり、わが国にあっては、基本的な法原則には、判例ばかりか条文がない場合も存在し、判例は、きわめて例外的な問題に関するものだといえよう。そこで、常に、ケース中心に授業を進めることは妥当でない。判例法主義にあっては、法の適用・解釈の主たる問題は、判例法理の適用範囲いかんである。しかし、制定法主義にあっては、当該事案には、どの条文が関係するか、条文の適用範囲、条文間の調整の問題、条文がない場合の「法解釈」のあり方等の異なる問題が生ずる。そこで、アメリカとは異なる問題解決をどのように教える・学ぶかという問題がある。

なお、アメリカ合衆国のケース・メソッドの実態として、次のような指摘がある。判例法の法適用を批判的に評価する作業も想定されている。しかし、多くの教員は単に法原則を教えるためにケース・メソッドを使用している。学生達は、判決例を権威ある解決策として鵜呑みにしてしまい、判決例を読んで暗記さえすればよいものと考えている。西暦2000年の今でも真実である(マイロン・モスコヴィッツ「法学教育における『プロブレム・メソッド』」月刊司法改革17号46頁)。

また、ソクラテス・メソッドの意義としてアメリカ合衆国では次のような指摘がなされている(A. M. Burkhardt & R. A. Stein, How to Study Law and Take Law Exams, 123-126 [West Group, 1996])。法は現在どうなっているかを決定して、その法をいかなる場合に、どのように適用したらよいかを、教えるように意図されている。予習をするインセンティブを与える。さまざまな法律上の争点に関する、ある立場にたち、説明し、擁護することが求められる。分析するスキルや話すスキルを磨くだけでなく、アメリカの法制度の重要な特徴である当事者対抗関係の方法に対する準備ともなる。批判的な思考を教えることにもなる。

しかし、ソクラテス・メソッドをわが国で導入する場合、次のような問題・限界がある。については、わが国独自の質問内容を考える必要があろう。も伝統的な講義と比較してのことであり、双方向性の授業としては、リーガル・クリニック、問題解決メソッド、問題に基礎をおく学習方法等の手法もある。ソクラテス・メソッドでは、とくに初学者にとり、きわめて難しい分野、全体像を知ることが困難で、そのようなためには、依然として講義がすぐれている。

なお、ソクラテス・メソッドの実態につき、つぎのような指摘がある。ソクラテス方式をとって、学生にしゃべらせるといっても、結局教授が説明したいことを、学生にしゃべらせているのであり、決して教室で、学生同士、あるいは学生と教師の間で議論がなされているわけではない(野村憲弘『ロースクールって何?』68～69頁(東京布井出版、2001年)。もっともイェールにあっては、議論がなされているようである(小林秀之「民事法のカリキュラムと教育方法」月刊司法改革21号72頁)。

これらの方式は、特に判例法主義のアメリカ合衆国の法律家に必要な「法的正当化の方法論」を育てるためには適格的であろう¹¹。そして、講義方式よりは、創造的思考を育てるものといえよう。しかし、アメリカ合衆国でなされている方法のままでは、それにより、わが国の制定法の創造的な解釈の方法を学ぶことは困難であろう。

また、アメリカの法学教育にあっても、上記の教育方法以外に、セミナーやリーガル・クリニック等の多様な方法があることはよく知られている。おそらく、ソクラテス・メソッド、ケース・メソッドよりも、学生主体で議論が主体のゼミやリーガル・クリニックの方が創造的思考を高めると考えられよう。さらに、最近、アメリカの法学教育は、類推という思考にこだわっており、それ以外の創造的思考法が無視されているとの指摘もなされている¹²。

2-3. 法的問題解決の困難性

法学部の優秀な学生で法律をかなり勉強していても、教育上の設例でも具体的な法的問題を解決するのは簡単ではない。そこで、多くの学生は司法試験に合格するために、予備校に通うことになる。しかも合格するには、少なくとも数年間は通うであろう。ましてや、実際の法的問題、しかも、これまでの判例等の手がかりもない法的問題を法的に解決するには、相当な能力を必要としよう。法的問題を解決するのは、なぜこのように難しいのであろうか。その

¹¹ これに対して、わが国の司法修習所における民事実務の基礎教育として、要件事実教育が行われているが、それは「民事訴訟のプロセスにおける主張・反論という攻撃防御の構造にしたがってそれを的確にとらえていくという手法」であるという意味で、スキルであるという(加藤新太郎・細野敦「要件事実の考え方と実務」3～4頁(民事法研究会、2002年)。

¹² J. Weinstein and L. Morton, Stuck In a Rut: The Role of Creative Thinking in Problem Solving and Legal Education, 9 Clinical Law Review 835, 836(2003)。

理由としては、つぎのようなことが考えられよう¹³。

法的問題を解決するには、たとえ民法の問題に限定できても現実の問題を解決するためには、民法全体の知識〔内容知〕と、知識やスキルを扱う知識（ステラテジー、戦略、方略）〔方法知〕を必要とする¹⁴。

知識は、明示的であるが、専門的で、かつ複雑である。しかも、全部を一度に学ぶことはできない。部分ごとに学ばざるを得ない。そこで、熟達者と異なり、初心者は知識が構造化されていない¹⁵ということになるのではないか。

これに対する解決策としては、全体との関連で構造化する、可視化する（図示化する）ことにより、自己との対話を可能にする、という方法が一般的に指摘されている¹⁶。法学教育でも、どの程度、徹底されていたかは別として、して、構造化、可視化はある程度、利用されてきた。今後は、それらを徹底的に利用することによって、知識の問題はかなりの程度、解決できよう。

ところが、方略（方法知）は、知識の学習とは異なる困難さがある。方略は、明示化しにくい知識（暗黙知）であり、物理の法則のような明示化された知識（形式知）と異なる。しかも、たとえ、熟練した法律家で、難しい法的問題を容易に解決できたとしても、その方略を明示化するためには、自分を振り返って意識化する必要がある。しかも、方略は、課題や状況に依存する性質をもっているという¹⁷。法的問題解決の方略も、明示化が難しいため、法律家を志

すものは、伝統的には、徒弟制度によってそのような方略を獲得していったといえよう。しかし、現在では、学校で、法的問題解決の方法を教育するようになり、法的問題解決のすべての方略を学校で学ばせることはできないとしても、基本的な方略を学ばせることが求められている。そのことは、実務家法律家を養成する法科大学院では、なお一層求められているといえよう。そのため、明示化しにくい方略をも学ばせるため、リーガル・クリニックや模擬裁判等の実践的な教育方法の導入が予定されているわけである。しかし、可能な限り、そのような方略を明示化された知識（形式知）に変え、実践的な授業ばかりでなく、「講義」や「演習」などでも、学ばせていく必要がある。創造的な法解釈の方法についても同様である。

つまり、創造的な法解釈の方略ばかりでなく、法的解決の方略自体の方略を可能な限り、明示化していく、しかも明らかにした方略を構造化、可視化していく必要がある¹⁸。その上で、それらの知識を、どのようにして学生に効果的に獲得させることができるかが問題となるわけである。

3. 創造的法的問題解決の方略

3-1. 関係条文・規範発見の方略

3-1-1 法的問題解決においてまず何をすべきか
創造的法解釈を行うためには、まず何をすべきであろうか。法的問題の解決にあたり、「全く白紙の状態」で、この事件をどう処理し解決す

¹³ 以下は、赤堀侃司『教育工学の招待』（JUSTSYSTEM、2002年）を参考にした。

¹⁴ 赤堀・前掲書181頁～183頁参照。

¹⁵ 赤堀・前掲書41頁。

¹⁶ 赤堀・前掲書214～229頁。

¹⁷ 赤堀・前掲書193～194頁。

¹⁸ 「ある問題の解き方を機械的に覚えたり、深く考えずにただ解けたというだけでは、十分な方略獲得にならないといえよう。転移を目的とした方略の獲得には、意図的な意識化・言語化といったメタ認知的要素が不可欠である」という（三宮真智子「思考の方略獲得と転移」市川伸一『認知心理学4思考』174頁（東京大学出版会、1996年）。なお、転移とは、獲得した方略を他の課題に応用できるようになることである（同論文173頁）。

べきか」を、まず考えるべきだ¹⁹と指摘されたことがあるが、これをどう評価すべきであろうか。ナマの利益対立状態の分析とか裸の価値判断を法的議論に取り込むことは根本的に疑問であり、認識論的にも、そのようなことが可能かについても同様だとの批判がある²⁰。同様に解さざるを得ないであろう。

ここでの問題は、法的問題で法的見地からの解決が求められている。それゆえ、そのような問題を解決するために用意されている関係条文を発見することがまず必要とされよう²¹。そのような条文を見つけ出し、その条文の適用に異論がなければ、それで法的問題は解決されるからである。むしろ、その適用に異論がありうるような場合には、その条文の解釈が問題となる。しかし、その解釈の方法については、また別途考えていけばよいわけである。

3-1-2 関係条文・規範発見の困難性・目標

初心者が関係条文・規範を発見することが困難な理由として、主として、つぎのようなことが考えられよう。第1に、条文がきわめて多く、しかも民法典は複雑(総則、各論からなる等)だからである。第2に、解決されるべき事案は具体的なのに条文は抽象的である点も関係しよう。なお、法律家にとって自明であること等から、民法典に規定されていない規範があることも初心者にはやっかいではあるが、そのような規範があるということを知識として教えればよく、その問題の解決はそれほど困難ではあるまい。

では、法的問題を「創造的」に解決する方略を考えるためには、関係条文を発見する上で、どのような目標を掲げたらよいであろうか。事実関係がすべて明らかになっていない可能性があり、しかも事実関係が動きうること等、不確定要素があることから、関係条文をすべてあげる必要があろう²²。そのことによって、自らにとり、より有利な、また柔軟な法的解決が可能となるのではないか。そこで、関係条文をもれなくあげることが重要と思われる。ただ、できるだけ、効率的に発見する方法であることも必要であろう。

3-1-3 関係条文・規範発見の方略

上記のような目標を達成する根拠条文発見の方略としては、次のようなものが考えられよう。

まずは、問題は具体的で、条文は抽象的であることから生ずる困難に対処する方法である。法律学を学ぶ際に、よく具体例で学べと指摘される。その目的の一つは、上記の問題を解決するためのものといえよう。

では、多くの複雑な条文から関係条文を発見する方略には、どのようなものがあるか。第1に、まずは効果(結果)から、つまり、原告は、被告に対して、どのような請求をなすことができるかを考えるべきである。このことは、事例問題を解く際の指針として一般的によく指摘されている²³。ドイツにあっても、事例問題を解答する際に、まず、いかなる請求権があるかを考え、次に請求権の根拠を検討していくという方法が一般にとられ、また、そのように考えていくべきことが教えられている²⁴。

¹⁹ 加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(有斐閣、1974年)

²⁰ 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)403～404頁

²¹ 伊藤滋夫要件事実・事実認定入門』181頁(有斐閣、夕日2003年)。

²² ここでは、あくまでも、現実の法的問題を想定している。

²³ たとえば、弥永真生『法律学習マニュアル』202頁(有斐閣、2001年)。

²⁴ ディーター・メディクス(河内宏・河野俊行監訳)『ドイツ民法上』1～2頁(信山社、1997年)。

原告が被告にどのような請求ができるかは、法的問題に関連条文を適用して、その結果が、はじめて明らかになるものである。しかし、その関連条文を多くの、複雑な民法典から探し出すのはきわめてやっかいである。これに対して、原告は、どのような請求をなしうるかは、常識的に判断しやすく、しかも、その数も多くない。また、請求権が定まれば、それを根拠づける条文も、さらには抗弁にかかわる条文も定まろう。もし、その請求権の根拠条文を探し、問題の事案を検討した結果、その条文の要件を満たすことが困難ないし不可能であれば、他の請求権を考えていけばよいわけである。その意味で、まず、いかなる請求権があるかを考えていくことには合理性があるといえよう。ただ、創造的な問題解決の視点からすれば、可能なすべての請求権をあげ検討する必要があるだろう。

請求権を指摘した後は、その請求権の根拠条文を探さなければならない。基本的には、契約関係がある場合には、民法総則(法律行為に関する規定)、債権総論、債権各論(契約)を、契約関係がないとなれば、事務管理、物権、不法行為、不当利得を順次検討していくことになる。

第2に、他に、より適切な方法がなければ法体系の上から考えるべきであろう。たとえば、不法行為にもとづく損害賠償請求権の根拠条文を探す際、まずは、不法行為の一般原則を定める民法709条の適用の可否を考え、次に民法上の特殊的不法行為(民法715条、717条等)、さらに特別法上の不法行為(自動車損害賠償保障法3条等)を調べていくことがよいであろう。

第3に、原告・被告の両者の視点から考えてみる必要がある。請求権の根拠条文を検

討した後は、被告の抗弁を根拠づける規定も考えてみる必要がある。不法行為であれば、民法720条1項本文(正当防衛) 同条2項(緊急避難) 民法712条(未成年者の責任能力) 民法713条(精神障害者の責任能力) 民法722条2項(過失相殺) 民法724条(消滅時効・除斥期間)がある。

第4に、時間の経過によって法律関係が変化することも少なくないので、時間の経過により、どのような法的問題が生じ、どのような条文が関係するかを整理しておくことも重要であろう。

なお、複数の条文が根拠条文となる可能性がありうる。その場合、自らにとり、どの条文を根拠に法的主張をすることが好ましいか、当該事案にあっては有利かを知ることができるためには、同様な法的効果をもたらす法的要件の正確な異同を指摘できなければならない。

3-2. 創造的法解釈方法論の基本構想

創造的な法解釈を行うためには、できるだけ多くの結論の可能性を考える必要がある。しかし、最終的な問題解決の結果は、「正当化」の構造や方法に制約され、「正当化」も、法的問題の型(条文に関連した)によって制約されるのではないかと仮説を提示した。

このような仮説は、法解釈における、ドイツのフリチョフ・ハフト教授の「通常事例方法」²⁵に示唆を受けている。ハフト教授は、「通常事例方法」につき、次のように指摘される。「問題を解決しようとするならば、結局、次のただ一つの問いに答えなければならない。すなわち、通常的なものからの偏差が、問題事例の領域(通常的な「類型」)にもはや組み込むことがで

²⁵ フリチョフ・ハフト/平野敏彦訳『レトリック流法律学習法』145頁以下(木鐸社、2003年)。

きないほど大きく本質的なものか否か、という問いである」²⁶。

かつて、筆者は、「熟練した法律家は、…個々の法律問題の一定範囲に共通する『問題』に共通な『考え方』をも駆使して、法創造を行っているのではないか…『共通の『問題』と、その問題解決の『共通の『考え方』を具体的な判例から抽出しよう』とした²⁷。

また、TRIZ「発明問題解決の理論」(ロシア生まれの創造的問題解決の技法)²⁸にあっては、以下のような問題解決の基本モデルをとっているという。「自分の問題から、個別に考えて、自分の問題の解決策を見出すことは困難が多く、試行錯誤に陥ることになる。そこで、予め研究・蓄積しておいた多数の問題解決のモデル(ひな型)を使って、自分の問題を適当なモデルの問題に抽象化する。そのモデルの解決策は分かっているから、それを自分の問題のケースに当てはめて、自分の問題の解決策への具体化を図る」。

法的問題も抽象化することにより、問題の型(モデル)をつくることができ、そこでの解決策を考えつくりだし、それを利用して、当該具体的な問題を解決できるのではないか。これが基本構想である。もっとも、法的問題の抽象化の度合いが異なる問題の型(モデル)および、その解決策も考えられ、当該具体的な問題解決にあたり、それらを適宜利用していけるのではないかと考えている。

そのように問題の型に正当性や結論は制約を受けると考えられる。しかし、問題解決の選択肢にはできるだけ制約を設けず、多くの選択肢をあげ、その中から、より事案適合的かつ合理的な解釈案を選択すべきある。これが、創造的な解釈方法論の基本構想である。

3-3. 法的問題とは

当該事案に関係する条文を「発見」でき、その条文を異論なく適用できれば法的には何の問題もないことになる。

そこで、「法的問題」がある場合とは、第1に、関係条文ないし関係規範を「発見」できたが、それらを当該事例に適用する際に「異論がある場合」だといえよう。このような場合、さらに2つの場合が考えられる。

一つ目は、関係条文・規範を適用して「異論のない事例」をつくることのできる場合である。フリチョフ・ハフト教授の「通常事例」に相応するものである。そこで、ここでの基本的な法的問題は、「異論のある事例(ハフト教授の「問題事例」に相応する)」を「異論のない事例」からの偏差にもかかわらず、同様なものと法的に取り扱ってよいかという問題に解消されよう。ハフト教授が言われる「通常事例」「問題事例」ではなく、「異論のない事例」「異論のある事例」という言葉を使う利用は次の通りである。ハフト教授は「通常事例」は、存在するものではなく、「問題事例」から作り出されるもので、「通常事例」をどのように変化させていけば問題がなくなるかを問うことであるという²⁹。要するに、「通常事例」とは関係条文を適用する際、「異論のない場合」であり、「異論のない事例」は、結局、「異論のある事例」を異論のないように変えることによって作ることができることから、「通常事

²⁶ フリチョフ・ハフト前掲書146頁。

²⁷ 拙稿「わが国の判例における法的推論の構造と法創造」。

²⁸ 『TRIZホームページ』, 中川 徹 編集

URL:<http://www.osaka-gu.ac.jp/php/nakagawa/TRIZ/>

[2004年3月12日]

²⁹ フリチョフ・ハフト前掲書153頁。

例」「問題事例」という言葉より、「異論のない事例」「異論のある事例」とした方がわかりやすく、また、その実体をとらえているとおもわれるからである。

二つ目は、関係条文ないし関係規範を「発見」し、それらを当該事例に適用する際に「異論がありうる」が、「異論のない事例」をつくることも困難である場合である。たとえば、民法534条1項は、特定物に関する物権の設定または移転をもって双務契約の目的とした場合に債権者に危険負担を課しているが、その条文自体につき異論がある。つまり、「異論のない事例」はどのような場合かにつき議論があるわけである。

ただ、上記の二つの場合は、モデルであっても、一般的には「異論のない事例」と解することができるとしても、それに「異論」を唱えることもできないとは限らない。また、「異論のない事例」を作ることが困難だとしても、一応、有力な学説にもとづく「異論のない事例」をつくり、それと「異論のある事例」との比較にもとづき、問題解決を図っていくことも考えられよう。

「法的問題」がある、第2番目のものは、当該事案に係る条文・規範を「発見」すること自体、困難な場合である。ここにあっては、以下のような2つの場合が考えられる。その1は、適切な条文・規範が見当たらない場合である。その2は、複数の条文の関連が問題となっており、その関係についての適切な条文・規範が見当たらない場合である。ここでは、結局、どのような規範を創造したらよいのか、そのような規範を、どのようにして創造すれば、より異論のないものとなるかが問題となっていると考えられよう。

では、これらの法的問題を、どのようにして解決していったらよいのか。具体例を通して検討していこう。

3-4. 創造的法解釈方法論 - ケース 1 -

(1)問題 不法就労していた外国人が、日本で交通事故に会い後遺障害を負った場合(これを〔A〕とする)、その逸失利益の算定は、日本人の賃金水準によるべきか、母国の賃金水準によるべきであろうか。または、場合によっては、日本人の賃金水準、その他の場合には、母国の賃金水準によるべきかであろうか。このような事例の問題について、どのように考えていったらよいのか検討していこう。

(2)方略 この事例は、逸失利益の算定の問題である。そして、原則的には、逸失利益の算定は、現に得ていた収入が基礎となり、年少者・主婦の場合には、平均賃金が基礎とされている。これをもとに、Aの事例を考えると、やはり、上述のように議論が分かれる可能性があり、「異論のある事例」であるといえよう。その場合、前述のように、「異論のない事例」を作ることができれば、両者を比較して、その相違にもかかわらず、「異論のない事例」と同様に扱うべきか否かを考えていくことになる。

その後、どうしたらよいかにつき、ハフト教授は、「議論を展開し、これ以外の比較事例を引き合いに出すとともに、自分自身の先入見をできるだけ明るみに出さなければならない。その後、判断が下され、問題は解消される³⁰⁾」と述べられる。

ハフト教授は、刑法学者で、もっぱらドイツの刑法の問題を例に説明している。また、議論をするといっても、必ずしも詳細に議論を展開しているわけではない。そこで、ハフト教授の

³⁰⁾ フリチョフ・ハフト前掲書157頁。

見解を参考にしながら、筆者なりに、以下この事例を通して、どのように考えていったらよいか考察していこう。

Aを「異論のない事例」に変えたとすると、Aのどこを、どのように変えたらよいか。「通常事例」ということからすると、その文言からすれば、「不法に残留して就労していた外国人」の代わりに「日本人」にすればよいであろう。たしかに、そのような事例と比較することに、この問題の解決に重要な論点を見つけることもできないわけではない。しかし、よりきめ細かな議論を展開するためには、Aをあまり大きく変えず、できるだけ少ない変更によって、「異論のない事例」を作れないかを検討すべきであろう。また、ここでは、日本人の賃金水準か母国の賃金水準かが両極の見解と考えられることから、「異論のない事例」も、両方の、つまり、日本人の賃金水準とすべきことに「異論がない事例」(B)と母国の賃金水準とすべきことに「異論がない事例」(C)とを作り、それらとAを比較検討して、それらの異同を明らかにしていくべきであろう。

それらを比較して異動を明らかにすることは、要するに、ここでの問題の論点をより明らかにし、しかも、問題解決のために論点につき検討する際の重要な情報を提供するものだといえよう。

では、上述のような「異論のない事例」を考えてみると次のようになるう。

A 不法就労していた外国人の逸失利益の算定

B 合法的に就労しており今後も就労できる可能性の高い外国人の逸失利益の算定

C 観光目的で来日している外国人の逸失利益の算定

D 日本人の逸失利益の算定

そこで、A、B、C、Dとの異同を分析・検討すると、次のようになる。

もっとも、Cの場合、母国の賃金水準とすべきことに「異論がない事例」とみることできるが、この場合にあっては、日本人の賃金水準によるべきとの見解も考えられないではない。したがって、Cについては、それら2つの場合があるとして考えていきたい。

	同じ	異なる	結論
不法就労中	外国人 後遺障害による財産上の損害	不法就労 (不法、長期の就労期間を期待できない)	?
B 合法的 就労中	外国人 後遺障害による財産上の損害	合法就労 (合法、長期の就労期間)	日本人の賃金水準
C 観光目的で 観光中	外国人 後遺障害による財産上の損害	就労なし	C1母国の賃金水準 C2日本人の賃金水準
D 日本人	日本人 後遺障害による財産上の損害	就労	現に得ていた収入が基礎(日本人の賃金水準)

以上の表からでも、この問題の結論と正当化の方向性を明らかにできなくはない。その基本的な方略は、こうである。すなわち、日本人の賃金水準を基礎にすべきと主張するためには、AとB、C2ないし、Dとの共通点を指摘するとともに、相違点があるとしても、それは、重

要なものでないと指摘していけばよいのである。反対に、母国の賃金水準によるべきとの主張をするためには、C1との共通点を指摘するとともに、B、C2、Dとの相違を強調していくことになる。

しかし、創造的な解釈において、重要なのは、一つの視点からのみ検討を行って結論を出すのではなく、可能な限りあらゆる見解をあげ、それぞれの見解につき「議論」を展開して、それらを比較して、より合理的な見解はどれかを考えていこうというものである。そこで、A、B、C、Dの比較検討結果だけをもとに、頭の中で「議論」をした場合に、もれが生ずるおそれがある。したがって、複雑な場合には、より確実性を期すためには、「議論」を可視化することが好ましいといえよう。

以下での「議論」からも明らかように、「議論」にあっては、当然のことながら、法的な知識が要求される。また、「議論」の内容を、特定の法解釈方法論にもとづいて、制約を設けるのではなく、まずは、制約を設けずに「議論」をすべきであろう。そして、解釈のあり方についても「議論」の中で論ずるようにすべきものと考えられる。つまり、前述のように、まずは、問題解決の選択肢にできるだけ制約を設けず、多くの

選択肢をあげた方が、創造的な解釈を行う上では好ましいからである。

(3) 議論 では、考えられる結論をあげ、Aと、B、C、Dとの異同を考慮にいて、しかも、前述の方略をもとに「議論」を展開してみよう。考えられる結論を1つだけあげて、「議論」をしていけば、他の考えられる見解もでてくると考えられよう。しかし、単純なものであれば、そのような方法でも十分であろう。しかし、「議論」の可視化は、あくまでも実践的な目的からなすものである。そこで、そのような方法であると、複雑になるようであれば、考えられる各見解をあげて「議論」を進めていったほうが好ましいといえよう。いずれにせよ、状況に応じて選択すればよいわけである。以下、日本人と同様の賃金水準によるべきとの見解、母国の賃金水準によるべきとの見解、日本で働いたであろう期間は日本人の賃金水準でとの見解に分けて「議論」していこう(別紙、図表1参照)。それによって、「議論」の全体像を把握することができ、どのような主張をすると、どのような問題が生じるのか、現在の一般的なルールからすると、どのような見解が受け入れられやすいかを知ることが可能となろう。

図表1

日本人の賃金水準	事故がなければ日本で働いていたか否かの蓋然性にかかわらず、日本で事故に会い損害を被った人間の価値は平等死傷自体が損害C2(観光、日本人と同様)と同じD(日本人)と同じ	事故がなければ、母国に帰り母国で働いていたかもしれない。事故により不当な利益を得る。Dと異なる	人間の価値は平等日本人と同様に扱うべき死傷自体が損害Dとの相違は重要でない	他の判例では死傷損害説はとられていない法体系の整合性	他の判例でも本来死傷損害説をとるべきだ死傷損害説と差額説的見解の対立
母国の賃金水準	被害者は日本人でないから母国の賃金水準によるべきDとの相違	しかし、外国人でも日本で合法的に働いている場合には日本人を基準にするに異論はない。そこで、外国人が否かは重要でない。Dとの相違は重要でない	しかし、不法就労であったので、事故に会わなくても、母国に帰ることに高かった可能性が高い。C1(観光、母国)と同じ	事故がなくても、一定期間日本で働いた可能性は高い。C1と異なる	しかし、不法な就労であることから、そのことを考慮すべきでない。左の差違は否定されるべき
日本人の賃金水準	不法就労であれ就労しており事故がなければ日本で働いていたB(合法就労)と同じ	しかし、不法就労であるので、そのような就労の蓋然性を考慮すべきでないBとの相違	入管法違反は、損害賠償を否定・減額する理由とはならない左のBとの相違は法的に意味がない	それでは、不法就労を助長するその相違は重要	不法就労という使用者の賠償を軽減すると、かえって不法就労を助長するその相違を考慮すべきでない
		就労の可能性があるとしても、合法的な就労のような場合ほど就労の期間を長いものと考えられないBとの相違	将来入管法が改正されて、不法就労が合法化される可能性が高いBとの相違は妥当でない	しかし、その可能性は定かでない。妥当でないとの理由は、十分なものでないため相違は意味がある	
			しかし、そのような期間はどの程度か明確でない。Bとの相違は困難	損害賠償の算定の場合、そのようなことはまれでない。困難性は十分な理由とはいえない	

日本で働いたであろう期間は日本人の賃金水準で	不法就労でも事故がなければ一定期間日本で就労していた可能性が高い その限りでB(合法就労)と同様	その期間は定かでない Bとの「同様性は問題がある	相当程度の蓋然性が認められる程度に予測・認定すべき その問題は解決できる
	その後は、母国に帰国するので、母国の賃金水準で その限りでC1(観光、母国)と同様	しかし、海外出稼ぎ労働者が母国に戻ることは実態に反する。 C1との相違その他の出国先を蓋然性をもって認定することはできない。 Bと区別することも困難	損害賠償額の算定では蓋然性が困難な場合もある。 相当程度の蓋然性が認められる程度に予測・認定すべき。 その問題は何とか解決できる。

3-5. 創造的法解釈方法論—ケース 2 -

(1)問題 次に、売買の目的物に契約当時から隠れた瑕疵がある場合には、瑕疵担保(民法570条)とともに、買主が契約締結に際して目的物の性質を誤解していたということから錯誤(民法95条)の適用が問題となるが、両者の適用関係はどうなるか。どちらの条文に基づいても権利主張できるか、民法570条が優先的に適用されるか、それとも民法95条が優先的に適用されるか等の問題が生ずる。

なお、錯誤と瑕疵担保との大きな相違は、錯誤による無効にあっては期間の制限がないのに対して、瑕疵担保の効果は解除と損害賠償であるが、民法566条3項で短い期間制限が設けられている点である。また、錯誤無効が認められるには、要素の錯誤がなければならず、しかも表意者に重大な過失があると無効を主要できない(民法95条)。これに対して、瑕疵担保責任を主張するには、売買の目的物に契約当時から隠れた瑕疵があればよく、売主の過失も不要である。

ここでは、そもそも関係条文・規範を「発見」

することが困難な場合であるといえよう。民法570条と民法95条との関係が明確に民法に規定されていれば異論がない。しかし、そのような規定はない。そこで、その関係を明確にするために、どのような規範を、どのように創造すればよいかが、ここでの問題だといえよう。では、このような問題を創造的に解釈する方向としては、どのような方法が考えられるだろうか。

(2)基本構想 ここでは、前述のような、「異論のない事例」と「異例のある事例」との比較の方法をとることはできない。複数の条文の関係についての規範を創造する場合、まずは、民法典の解決方法・考え方を明らかにする必要がある。そして、複数の条文の関係についての解釈をめぐる議論から、その問題解決の方略を抽出して、その方略に基づき、当該の複数の条文の関係について、できるだけ多くの解釈案を出し、当該問題の特殊性をも考慮して必要であれば「議論」をすることにより、結論を絞り込んでいくことになる。

ここでは、 については、今後の課題として³¹、 につき、しかも、民法570条と民法95条

³¹複数の条文で定めるルールが両立不可能ないし、矛盾する場合、基本的に、例外条項を設けるか、ルールの少なくとも

の議論から、どのような方略を導くことができるかを明らかにしたい。

(3) 民法570条と民法95条との関係をめぐる議論の検討

民法570条と民法95条との関係をめぐる議論を「A条とB条との関係」で抽象化すると、その解決方法・考え方は、以下のように整理できよう。

A条が優先する。

・A条の規定の一部の内容(A条3項)がB条の適用によって無意義なものとなるから()

・A条はB条の特則だから。

A条もB条もどちらでも選択可能

・A条とB条の要件が異なるから。

・B条の要件を満たせば、B条の効果を与えてもよい。

A条もB条も選択可能であるがB条を選択し民法A条3項が類推適用される。

・そのことによって()の問題を解決する(A条を適用した場合とのバランスを図る)。

A条もB条もどちらでも選択可能とするが、B条が適用された場合、A条が適用された場合(A条3項)とのバランスを図るためB条の効果を一般条項等で、できるだけ同じようにする。

(4) 民法570条と民法95条との関係をめぐる議論からの方略

では、これらの議論から、どのような方略を導くことができるであろう。

一方の規定の特に設けられたルールを他方の規定の適用によって無意義にすべきでない。

同様な状況下において保護の程度が異なるのは妥当でない(バランス)(も に含まれよう)。

他方の規定が設けられている意義も失われなようにすべきである。

一方の適用を否定することが考えられよう。複数の条文が両立可能で矛盾するものでなければ、いずれのルールも適用しうるとかんがえられるのではないか。

とも解決可能な方向をまず目指す。

もし、そのことが不可能であれば、どれかを犠牲にせざるを得ない。どれを優先すべきかが問題となる。

の解決方法(広い意味でバランスの取り方)は多様である³²。

一方を優先適用する。

両者を選択できることにする。

一方を他方に類推適用する。

他方を適用するとき一般条項等で一方を適用した場合とできる限り同様な方向を目指す。

なお、複数の条文の関係問題の議論の検討から、以上指摘した方略を補充・修正する必要がある。

3-6. 創造的法解釈方法論—今後の課題—

その他の「異論のない事例」を作ることが困難な場合、適切な関係条文・規範を「発見」することができない場合³³にあっても、基本的には、これらをめぐる議論から、それらの型の問題解決の方略を抽出していき、同様な型の問題解決において、それらの方略をもとに、できるだけ多くの問題解決の選択肢を考え、「議論」によって、解決策を絞りこもうとするもので、その具体化は今後の課題である。

また、これまで論じてきたような方略以外に、創造的法的問題解決の方略として、どのようなものが必要であるかも検討する必要がある³⁴。

³² バランスの取り方としては、本文に掲げる方法の他に、いずれの条文も適用できるとして、その効果を同じようにする、さらには、要件・効果も差異がないようにする(川井健「法人の不法行為・表見代理」遠藤浩他『演習民法(総則物権)』93頁以下参照(青林書院新社、1971年)という方法も考えられる。

³³ 広中俊雄「民法解釈方法に関する十二講」(有斐閣、1997年)27頁～52頁、73～91頁)参照。

³⁴ 問題解決課題を効果的に遂行するためには、必要な知識

さらに、これまで、「正当化」の構造・方法は、法的問題の型（条文に関連した）によって制約されるとの仮説のもとに、いくつかの問題の型における正当化の方法・構造を模索してきた。しかし、正当化は、法的問題解決の法的な正当化であるということから一般的に生ずる、正当化の制約も考えられる。

たとえば、法的議論の基準・手続に関して、法的正当化に対する制約として、次のような指摘がある³⁵。法的正当化において援用される論拠の少なくとも1つは法的なものである必要がある。法的正当化において援用される(相対的に)法的な論拠は、(相対的に)法的でない論拠に優先する。解釈は、筋が通ったものである必要がある。これらは、基本的には妥当であるように思われるが、今後、さらに議論をしていく必要がある。

や技能だけでなく、それらを、どのように使うのかというメタ認知(思考する自分自身に意識的に気づく課程であり、自分の思考過程をモニタしてコントロールするプロセス)が重要であり(岡本真彦「メタ認知と思考の自己制御」北尾倫彦編『自ら学び自ら考える力を育てる授業の実践』56頁(図書文化、1999年)、また、思考の創造性を高めるためには、創造的思考のメカニズム・方略・支援ツールを理解させるとともに、創造的思考もモニタし、コントロールする習慣をつけることが必要だと指摘されている(三宮真智子「思考の創造性」前掲書53頁。メタ認知促進の鍵は、「他者とのコミュニケーションによる気づき、調整」を「自己とのコミュニケーションによる気づき、調整」へと移行させるような環境を提供することで、「相互教授」、「ペア問題解決」、集団思考や討論を用いたものなどがあるという(三宮真智子「思考におけるメタ認知と注意」市川伸一編『認知心理学4思考』(東京大学出版会、1996年)170～171頁)。

³⁵平野仁彦他『法哲学』(有斐閣、2002年)248～251頁(亀本)。

また、正当化のプロセスでも法的価値判断を問題とし論じていくべきであるとの立場をとったが、田中成明教授は、法的価値判断につき、基本的に、どの範囲・どのレベルの利益・政策を正当化理由として引き合いにだすことができるか、目的についてはどうかという問題があり、種々の制約があるとして、詳細に検討されている³⁶。法的思考のいわば純粋型は、「要件＝効果モデル」であり³⁷、現代法システムのもとでも、要件＝効果モデルが構造的に司法的裁判・法的思考の中枢に位置しており、法的正当化の最終段階ないし基幹的部分は要件＝効果モデルで行われるべきであり、目的＝手段モデルや妥協的調整モデルは、何を要件とするかの具体的確定段階で部分的に導入・活用されるにとどまるべきだと主張されている³⁸。これらについての検討も、今後の課題である³⁹。

4. 結語

4-1. まとめ

以上をまとめると、つぎのようになる。

- 1 法的問題解決には、「構造化された法的知識」とともに「構造化された方略」が必要で、それらを効果的に学ぶ必要がある。
- 2 創造的法解釈についても方略があり、法科大学院にあっては、その方略をどのように効果

³⁶田中成明「法理学講義」392頁 - 421頁(有斐閣、1994年)。

³⁷前掲書 318頁。

³⁸前掲書 395頁。

³⁹法的正当化のかなめは、形式的原理を含めた原理の衡量であることから、法的正当化の方法を、その側面から検討する見解もある(山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現況と課題」『現代法学の思想と方法』253頁以下(岩波書店、1997年))。この見解はドイツの法哲学者R・アレクシーの影響を受けていると思われるが、このような見解をどのように考えるかについても今後の課題である。この問題については、亀本洋「法的思考の根本問題—ルールとケース」、『井上達夫他「法の臨海」』法的思考の再定位(東京大学出版会、1999年)、同「法におけるルールと原理(1)(2完)」法学論叢122巻2号、123巻3号(1987 - 1988年)参照。

的に学ばせるかがきわめて重要である。

3 その方略は、アメリカ合衆国の法律家が必要とされるものとは必ずしも同じでないと考えられる。

4 そこで、わが国の法律家に必要な方略を明らかにする必要がある。

5 方略は暗黙知であるため、それを可能な限り明示化する必要があり、本稿では、その一端を示した。

6 関係条文・規範を「発見」する方略の試論を示した。

7 当該事案を一部変えて「異論のない事例」を作ることができる場合には、基本的には、その事例と当該事案とを比較検討して異同を分析・抽出し、それをもとに、できるだけ多くの見解をあげ「議論」をすることによって、創造的な法解釈が可能となろう。

8 「異論のない事例」を作ることができないとき、関係条文・規範を「発見」できない、ないし困難なときは、類型的な法的問題をめぐる議論から、方略を抽出して、その方略を用いて、必要とあれば「議論」をして、創造的な法解釈方法が可能となるのではないか。

4-2. 当面の教育をどうするか

では、創造的法解釈が可能なような教育をどのように行っていたらよいか。詳細は今後の課題であるが、当面、つぎのようなことが考えられよう。

1 「どのように解釈をしたらよいか」、「どのように考えたらよいか」、「他に解釈は考えられないか」、「判例にはどのような問題があるか」等の質問を絶えず行い、方略に注目させるとともに、できるだけ多くの法解釈の可能性を考えさせる。

2 ときには、方略を考えざるを得ないようにす

るために、限られた法的知識の中で解釈をさせる⁴⁰。

3 原告、被告、裁判官の役割を与えて、法的問題につき議論をさせる。

4 特定の議論から、今後の解釈に役立つ教訓を明らかにしてもらう。

5 判例や問題の検討を行った後に「いったい何をこの問題から学んだか」を考えさせる⁴¹。

<参考文献>

[1] A. M. Burkhardt & R. A. Stein, How to Study Law and Take Law Exams, 123-126 (West Group, 1996)

[2] Karen Hinett, Developing Reflective Practice in Legal Education (UK Center for Legal Education, 2002).

[3] J. Weinstein and L. Morton, Stuck In a Rut: The Role of Creative Thinking in Problem Solving and Legal Education, 9 Clinical Law Review 835, 837-838 (2003).

[4] 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第1巻』(有斐閣、1970年・初出1968年)

[5] 加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(有斐閣、1974年)

[6] 平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989年)

[7] 平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』(有斐閣、1991年)

⁴⁰知識があればあるほど方略は必要しないという。

⁴¹問題の解法の方略、自分の欠点を抽象化された形で抽出しておく、新たな問題状況、転移が促進されやすい。つまり、他の問題を解決する場合に、その教訓をいかして問題を解決できるようになりやすい。市川伸「問題解決学習方略と認知カウンセリング」若き認知心理学者の会・認知心理学者 教育を語る』72頁(北大路書房)。

- [8] 「ミニ・シンポジウム法解釈論と法学教育」ジュリスト940号(1989年)
- [9] ジュリスト編集部編『法解釈論と法学教育』(有斐閣、1990年)
- [10] 能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」『星野先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題上』(有斐閣、1996年)
- [11] 広中俊雄「民法解釈方法に関する十二講」(有斐閣、1997年)
- [12] 山本敬三「法的思考の構造と特質—自己理解の現況と課題」『現代法学の思想と方法』(岩波書店、1997年)
- [13] 瀬川信久「解釈方法論の展開」『私法学の再構築』(1999年)
- [14] 亀本洋「法におけるルールと原理(1)(2完)」法学論叢122巻2号、123巻3号(1987 - 1988年)
- [15] 田中成明『法理学講義』(有斐閣、1994年)
- [16] 亀本洋「法的思考の根本問題—ルールとケース」井上達夫他『法の臨海[]法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年)、
- [17] 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店、2000年)
- [18] 平野仁彦他『法哲学』(有斐閣、2002年)
- [19] フリチョフ・ハフト/平野敏彦訳『レトリック流法律学習法』(木鐸社、2003年)
- [20] 加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』(民事法研究会、2002年)
- [21] 伊藤滋夫要件事実・事実認定入門』(有斐閣、2003年)
- [22] 拙稿「わが国の判例における法的推論の構造と法創造」
- [23] ディーター・メディクス(河内宏・河野俊行監訳)『ドイツ民法上』(信山社、1997年)
- [24] マイロン・モスコヴィッツ「法学教育における『プロブレム・メソッド』」月刊司法改革17号
- [25] 小林秀之「民事法のカリキュラムと教育方法」月刊司法改革21号
- [26] 野村憲弘『ロースクールって何?』(東京布井出版、2001年)
- [27] 弥永真生『法律学習マニュアル』(有斐閣、2001年)
- [28] 市川伸「問題解決学習方略と認知カウンセリング」若き認知心理学者の会・認知心理学者教育を語る』(北大路書房、1993年)
- [29] 三宮真智子「思考におけるメタ認知と注意」市川伸一編『認知心理学4思考』(東京大学、1996年)
- [30] 三宮真智子「思考の方略獲得と転移」市川伸一編『認知心理学4思考』(東京大学出版会、1996年)
- [31] 小橋康章「創造的思考と発想支援」市川伸一編『認知心理学4思考』(東京大学出版会、1996年)
- [32] 森敏昭「自ら学び自ら考える力とは何か」北尾倫彦編『自ら学び自ら考える力を育てる授業の実践』(図書文化、1999年)
- [33] 岡本真彦「メタ認知と思考の自己制御」北尾倫彦編『自ら学び自ら考える力を育てる授業の実践』56頁(図書文化、1999年)
- [34] 三宮真智子「創造的思考」森敏昭編『おもしろ思考のラボラトリー』(北大路書房、2001年)
- [35] 道田泰司「批判的思考」森敏昭編『おもしろ思考のラボラトリー』(北大路書房、2001年)
- [36] 赤堀侃司『教育工学の招待』(JUSTSYSTEM、2002年)
- [37] 『TRIZホームページ』中川徹 編集 URL:<http://www.osaka-gu.ac.jp/php/nakagawa/TRIZ/>[2004年3月12日]