

平成 14 年度～平成 18 年度特別推進研究(1)
課題番号 14001003

法創造教育方法の開発研究 - 法創造科学に向けて -

平成 15 年度研究成果報告会予稿集

平成 16 年 3 月

研究代表者 吉野 一
(明治学院大学法学部教授)

目 次

前書き

研 究 組 織

プ ロ グ ラ ム

「法創造教育方法の開発研究 - 法創造科学に向けて」について

「規範の進化モデルと世論」

太田勝造（東京大学大学院・法学政治学研究科・教授）・・・ 1-1～1-11

「法創造教育と経済学：借入金の個人保証を事例として」

松村敏弘（東京大学・社会科学研究所・助教授）・・・ 2-1～2-7

「創造的法解釈方法論試論」

執行 秀幸（明治学院大学・法学部・教授）・・・ 3-1～3-17

「契約実務における法創造教育 - 法科大学院における「法律文書作成」の教材その2： 「契約履行不能と不可抗力条項」から - 」

河村寛治（明治学院大学・法学部・教授）・・・ 4-1～4-11

「創造的取引行為 - 合法と違法の接点」

坂本正光（明治学院大学・法学部・教授）・・・ 5-1～5-7

「法教育改革としての法創造教育 - 創設される法科大学院における法教育方法論 - 」

加賀山茂（名古屋大学大学院・法学研究科・教授）・・・ 6-1～6-26

「法創造教育支援システム開発の全体像」

吉野一（本研究代表 明治学院大学・法学部・教授）・・・ 7-1～7-3

「プラットフォームとしての法学教育支援システムの開発」

吉野一・市川洋（NEC）・工藤真澄（第一法規）・・・ 8-1～8-17

「関連情報を用いた法令検索システムの開発」

金井貴（北陸先端科学技術大学院・大学知識科学研究科・助手）・・・ 9-1～9-6

「ソクラティックメソッド支援システム」

吉野一 10-1 ~ 10-23

「Plone/CMFによる法学教育支援について」

櫻井成一郎 (東京工業大学大学院・情報理工研究科・助教授) . . . 11-1 ~ 11-4

「オンライン論争を支援するシステム」

新田克己 (東京工業大学大学院・総合理工学研究科・教授) . . . 12-1 ~ 12-6

「法創造教育内容、支援システムの評価の指針」

鈴木宏昭 (青山学院大学・文学部・教授) 13-1 ~ 13-10

Lawyers as Creative Problem Solvers and Their Education

Thomas D. Barton 14-1 ~ 14-11

「法創造教育方法の開発研究 - 法創造科学に向けて -」

平成15年度研究成果発表会・シンポジウム

日 時：平成16年3月19日（金）10：00 - 20：00

場 所：明治学院大学・法律科学研究所会議室（白金校舎・本館・8階）

平成16年3月19日

「法創造教育方法の開発研究」研究代表
明治学院大学・法学部・教授
吉 野 一

皆様お元気でご活躍のこと心よりお慶び申し上げます。

文部科学省科学研究費補助金特別推進研究「法創造教育方法の開発研究 - 法創造科学に向けて」の目的は、激変する社会的状況に対応して、適切な法的解決を実現していくために、法適用における法創造の役割が非常に重要となっていることから、創造的能力を備えた法律家の育成が急務となっていることをうけ、法適用において、より良い法を創造する原理と方法の科学的解明を行い、それに基づいて、我が国における新しい法創造教育方法を開発するところにあります。

本研究プロジェクトは、5年計画として、平成14年度からスタートし、2年を経過しようとしております。これまでの研究成果を報告させていただき、皆様とのディスカッションとご指導を得て、今後の研究を大いに展開して参りたいと思っております。ここに第2年度の研究成果発表会を開催させていただく運びとなりました。

本研究は、本年度において進捗状況の現地調査（平成15年9月）ならびに中間評価を行っていただき、ほぼ順調に進展しているという評価をいただいております。その評価では、また、本研究が開発される法学教育支援システムによる実践的成果を、平成16年4月1日からスタートする法科大学院での現実の教育に広く役立たせることが期待される、との御指摘もいただいております。このことは、本研究が社会からの強い要請に応えうる研究であり、また、応えていかなければならないミッションを有している、ということも改めて自覚させられるものであります。研究プロジェクトの大詰め新时期にあたり、このような期待に適うよう、研究を推進して参る所存であります。

この度の研究成果発表会では、本研究プロジェクトに参加している全研究者の平成15年度の研究成果を報告致します。また、法科大学院および大学法学部における法学教育を支援する（法創造教育システムのプラットフォームとなるべく開発された）「法学教育支援システム」の紹介もさせていただきます。これは日本電気株式会社と第一法規と共同で開発したものです。

この成果報告会を通じて、研究成果全体の進展の報告につきまして、皆様との議論を通じて、今後の研究の展開への示唆・助言を賜れば幸いに存じます。皆様には、ご多忙のところ、また急なご案内となつてしまい恐縮でしたが、ご来会いただき深甚の幸せと存じます。

研究目的

変化する社会的状況に対応して適切な法的解決を行うために、法の適用における法創造の役割が非常に重要となっており、法的創造能力を備えた法律家の育成が急務である。ところが、従来の法学研究および法学教育は、法の創造的適用には必ずしも役立っていない。

本研究は、法適用における、正義・公平判断の論理構造の分析、経済学・ゲーム理論的分析を行い、より良い法の創造の科学的解明を行う。そして、大陸法における法解釈の事例分析とともに、米国のロースクールでのプロブレムメソッドとケースメソッド、ソクラティックメソッドとディスカッションメソッドの教育例の分析をもとにして、制定法中心の我が国への応用の問題点を解明し、法創造教育方法を開発し、ITを導入した支援システムを実現・実装して、教育効果の教育心理学的・認知心理学的分析を重ね、改良を行う。

本研究目的を遂行するため、法創造基礎の理論的解明、実務と教育における法創造の実際の解明、法創造教育方法の開発、法創造教育支援システムの開発という四つの分担研究課題によって研究を進める。本研究を進展させ、法創造の科学への道を拓いていく。

研究組織

研究代表者及び研究分担者：

- 吉野 一 明治学院大学・法学部・教授（研究代表者）
研究の総括。法創造推論の論理構造を明らかにすることによって、法創造の基礎理論を構築し、また、これによって法創造教育方法を開発し、法学教育において実践する。
- 坂本 正光 明治学院大学・法学部・教授
英米法における民事法廷論争過程と、具体的事例判断からの一般的法ルールの創造過程とを分析し、ケースメソッドと条文解釈教育とを融合した法創造教育方法を提案する。
- 加賀山 茂 名古屋大学大学院・法学研究科・教授
日本と大陸における、民事法廷論争過程と、法の解釈と判決における法創造過程とを分析し、ケースメソッドと条文解釈教育とを融合した法創造教育方法を提案する。
- 執行 秀幸 明治学院大学・法学部・教授
日本と大陸における、民事法廷論争過程と、法の解釈と判決における法創造過程とを分析し、ケースメソッドと条文解釈教育とを融合した法創造教育方法を提案する。
- 河村 寛治 明治学院大学・法学部・教授
契約書作成に至るまでの契約交渉、という論争における法創造の構造を解明し、よい契約書を作成するための法創造の具体的教育方法を提案する。
- 太田 勝造 東京大学大学院・法学政治学研究科・教授
仮説の妥当性評価を、「進化ゲーム論」によって行い、論争を通じた、より望ましい法的決定を行うための法創造のアルゴリズムを提案する。
- 新田 克己 東京工業大学大学院・総合理工学研究科・教授
ディスカッションのための助言システムを構築し、ネットワークからアクセスできる、法創造教育のための法的論争システムのプロトタイプを設計する。
- 櫻井 成一郎 東京工業大学大学院・情報理工学研究科・助教授
演繹知識ベースシステムの推論エンジンの改良を行うとともに、仮説ルール生成・検証システムの設計を行い、法創造教育支援システムのコア部分の構築を行う。
- 鈴木 宏昭 青山学院大学・文学部・教授
教育心理学・認知心理学の立場から、教育方法・教育効果の評価を行い、心理学実験を設計し、実施を行って、開発される法創造教育方法について検討する。
- 松村 敏弘 東京大学・社会科学研究所・助教授
仮説の妥当性評価について、「法と経済学」の立場から、より望ましい法的決定を行うための法創造のアルゴリズムを提案する。

研究協力者：

- 角田 篤泰 名古屋大学大学院・法学研究科・助教授
法創造推論における類推の論理構造を明らかにすることによって、法創造の基礎理論を打ち立て、法創造教育に役立てる。
- 金井 貴 北陸先端科学技術大学院大学・知識科学研究科・助手
法的事実が十分に記述されていない状況において法的推論を行うために、アブダクションを用いた法的推論システムの開発を進め、法創造教育に役立てる。

法創造教育研究会成果報告会シンポジウム

プログラム

日時

2004年3月19日(金)

開催場所

明治学院大学白金校舎 本館8階 法律科学研究所会議室
(明治学院大学へは、地下鉄南北線白金高輪、浅草線高輪台下車徒歩6分)

【参加費無料】

総合司会： 太田勝造（東京大学大学院・法学政治学研究科・教授）（敬称略、以下同）

- 1) 10:00 開会挨拶 - 「法創造教育方法の開発研究」について 吉野 一
- 2) 研究成果報告 10:15 ~ 11:55
(司会：新田克己 [東京工業大学大学院・総合理工学研究科・教授])
 - (ア) 10:15 ~ 「法創造教育と経済学：借入金の個人保証を事例として」
松村敏弘（東京大学・社会科学研究所・助教授）
 - (イ) 10:35 ~ 「契約実務における法創造教育 - 法科大学院における「法律文書作成」の教材その2：「契約履行不能と不可抗力条項」から - 」
河村寛治（明治学院大学・法学部・教授）
 - (ウ) 10:55 ~ 「創造的法解釈方法論試論」
執行 秀幸（明治学院大学・法学部・教授）
 - (エ) 11:15 ~ 「法教育改革としての法創造教育
- 創設される法科大学院における法教育方法論 - 」
加賀山茂（名古屋大学大学院・法学研究科・教授）
 - (オ) 11:35 ~ 「規範の進化モデルと世論」
太田勝造（東京大学大学院・法学政治学研究科・教授）
- 3) 11:55 ~ 13:00 ランチタイム
- 4) 研究成果報告 13:00 ~ 14:00
(司会：加賀山茂 [名古屋大学大学院・法学研究科・教授])
 - (ア) 13:00 ~ 「法創造教育支援システム開発の全体像」
吉野一（本研究代表 明治学院大学・法学部・教授）
 - (イ) 13:20 ~ 「プラットフォームとしての法学教育支援システムの開発」
吉野一・市川洋（NEC）・工藤真澄（第一法規）
 - (ウ) 13:40 ~ 「関連情報を用いた法令検索システムの開発」
金井貴（北陸先端科学技術大学院大学・知識科学研究科・助手）
- 5) 14:00 ~ 15:30 招待講演：トーマス・D・バートン氏
(*Professor of Law Director, California Western School of Law, San Diego. Louis M. Brown Program in Preventive Law Coordinator, National Center for Preventive Law*)
講演テーマ：'Lawyer as Creative Problem Solver and its Education'

6) 15:30 ~ 15:50 コーヒーブレイク

7) 研究成果報告 15:50 ~ 17:10

(司会: 河村寛治 [明治学院大学・法学部・教授])

(ア) 15:50 ~ 「ソクラティックメソッド支援システム」
吉野一

(イ) 16:10 ~ 「Plone/CMFによる法学教育支援について」
櫻井成一郎 (東京工業大学大学院・情報理工学研究科・助教授)

(ウ) 16:30 ~ 「オンライン論争を支援するシステム」
新田克己 (東京工業大学大学院・総合理工学研究科・教授)

(エ) 16:50 ~ 「法創造教育内容、支援システムの評価の指針」
鈴木宏昭 (青山学院大学・文学部・教授)

8) 17:10 ~ 18:30 パネルディスカッション (司会: 吉野一)

(ア) 17:10 ~ 17:30 コメンテータ:

宮澤節生先生 (大宮法科大学院大学)

笠原毅彦先生 (桐蔭横浜大学)

町村泰貴先生 (南山大学)

東澤靖弁護士 (第二東京弁護士会)

(イ) 17:30 ~ 18:30 ディスカッション: 出席者全員

9) 18:30 なか締め挨拶

10) 18:40 総合討論 (夕食をともにしながら)

連絡先:

東京都港区白金台1-2-37 明治学院大学 ヘボン館801号室

E-mail: yoshino1@law.meijigakuin.ac.jp

The Years 2002-2006 Grant-in-Aid for Specially Promoted Research (1) of
Japan Ministry of Education, Culture, Sports, Science and Technology

Organized by the Study Group on Legal Education for Creative Legal Mind

**Research on Development of Legal Education
Methods
to Promote Creative Legal Minds
- Towards the Science of Law for Law Creation -**

The Symposium of the Year 2003 Study Report Meeting

Date: 10:00 - 20:00, March 19th (Fri.), 2004

Place: Conference Room, Institute of Legal Science

(The 8th Floor, Main Building, Shirokane Campus), Meiji Gakuin University

JR: Shinagawa Station/Meguro Station

Subway: Nanboku-Line; Shirokanedai Station/Shirokane Takanawa Station
Asakusa-Line; Takanawadai Station

Admission is free and all are welcome.

Liaison Office: Yoshino Laboratory, Faculty of Law, Meiji Gakuin University

mailto: yoshino@law.meijigakuin.ac.jp

Address: 1-2-37, Shirokanedai, Minato-ku, Tokyo 108-8636, Japan

Tel.: +81-3-5421-5310 (Dial in)

Fax.: +81-3-3444-3871 (Dial in)

Program (Tentative)

General Chairperson: Prof. Shozo Ota (Graduate School of Law and Politics, The
University of Tokyo)

(1) 10:00 Opening Address On the Research Project 'Research on Development of
Legal Education Methods to Promote Creative Legal Mind
Prof. Hajime Yoshino (Director of the project; Faculty of Law, Meiji Gakuin
University)

(2) Study Reports Part I 10:15 – 11:55

(Chairperson: Prof. Katsumi Nitta [Interdisciplinary Graduate School of Science and
Engineering, Tokyo Institute of Technology])

(i) 10:15 : Economics and Legal Education for Creative Legal Minds

- A Study of Secured Loans in Japanese Banking System -

Assoc. Prof. Toshihiro Matsumura (Institute of Social Science, The University
of Tokyo)

- (ii) 10:35 : Creative Legal Mind on Contract Drafting
 - Materials of Contract Drafting for Law School : Impossibilities & Force Majeure -
 Prof. Kanji Kawamura (Faculty of Law, Meiji Gakuin University)
- (iii) 10:55 : An Essay on the Methodology of Creative Legal Interpretation
 Prof. Hideyuki Shigyo (Faculty of Law, Meiji Gakuin University)
- (iv) 11:15 : Legal Education Reform in Japan - To Foster Creative Thinking –
 Prof. Shigeru Kagayama (School of Law, Nagoya University)
- (v) 11:35 : Popular Attitude toward Rational Law-Making and Rule-Selection
 Prof. Shozo Ota (Graduate School of Law and Politics, The University of Tokyo)

(3) 11:55 – 13:00 Lunchtime

(4) Study Reports Part II 13:00 – 14:00

(Chairperson: Prof. Shigeru Kagayama [School of Law, Nagoya University])

- (i) 13:00 : Perspective of Development of Law Creation Directed Education Support System
 Prof. Hajime Yoshino (Director; Faculty of Law, Meiji Gakuin University)
- (ii) 13:20 : Development of a Legal Education Support System as a Platform
 Prof. Hajime Yoshino (Director; Faculty of Law, Meiji Gakuin University),
 Hiroshi Ichikawa (NEC Corporation), Masumi Kudo (Dai-ichi Hoki)
- (iii) 13:40 : Development of the Statute Search Engine Using Pertinent Information Assist. Prof. Takashi Kanai (Graduate School of Knowledge Science, Japan Advanced Institute of Science and Technology)

(5) 14:00– 15:30 Invited Lecture:

Professor Thomas D. Barton

*(Professor of Law and Director, California Western School of Law, San Diego.
 Louis M. Brown Program in Preventive Law
 Louis M. Brown Program in Preventive Law/Coordinator,
 National Center for Preventive Law)
 'Lawyer as Creative Problem Solver and its Education' (Tentative Theme)*

(6) 15:30 – 15:50 Coffee Break

(7) Study Reports Part III 15:50 – 17:10

(Chairperson: Prof. Kanji Kawamura (Faculty of Law, Meiji Gakuin University))

- (i) 15:50 : Socratic Method Support System
 Prof. Hajime Yoshino (Director; Faculty of Law, Meiji Gakuin University),

(ii) 16:10 : A Prototype of a Legal Education Support System Powered by
Plone/CMF
Assoc. Prof. Seiichiro Sakurai (Graduate School of Information Science and
Engineering, Tokyo Institute of Technology)

(iii) 16:30 : An Online Negotiation Support System - Experiments of ODR
Prof. Katsumi Nitta (Interdisciplinary Graduate School of Science and
Engineering, Tokyo Institute of Technology)

(iv) 16:50 : Psychological Principles of Instruction and Evaluation for Creative Legal
Skills.
Prof. Hiroaki Suzuki (College of Literature, Aoyama Gakuin University)

(8) 17:10 – 18:30 Panel Discussion

(Chairperson: Prof. Hajime Yoshino [Director; Faculty of Law, Meiji Gakuin University])

(i) 17:10 - 17:30 Commentators

Prof. Setsuo Miyazawa (Vice-President, Omiya Law School)

Prof. Takehiko Kasahara (Toin University of Yokohama, Faculty of Law)

Prof. Yasutaka Machimura (Nanzan University, School of Law)

Mr. Yasushi Higashizawa (Attorney; Daini Tokyo Bar Association)

(ii) 17:30 - 18:30 Discussion: All Attendants

(9) 18:30 Pre-Closing Address

(10) 18:40 General Discussion (Dining Together)

Address: Hepburn-hall 801, Meijigakuin Univ. 1-2-37, Shirokane-dai, Minato-ku, Tokyo
E-mail: yoshino1@law.meijigakuin.ac.jp

「法創造教育方法の開発研究 - 法創造科学に向けて」について

- 創造的な法律家を養成する方法の開発 -

研究代表者
吉野 一

明治学院大学法学部

変化する社会的状況に対応して、適切に法的解決を行うためには、法を適用する際の法創造が非常に重要な役割を演じるようになってきている。また創造的能力を備えた法律家を育成することが急務となっている。このような現状を踏まえて、本研究は、**法創造教育方法の開発**を行う。

法創造とは、問題解決のために適切な法を新たに創り出すことである。法創造というと、立法をすぐ思い浮かべるが、法の適用においても、法創造は重要である。すなわち、ハードケースの解決や法規と事実のギャップを埋めるために、法創造が必要である。法適用における推論は、「法的正当化の推論」と「**法創造の推論**」から成り立っている。出来事 - 事件を法的に解決するためには法の適用結果としての法的決定が創設されるとともに、これを正当化するために、具体的事実と抽象的法規の間のギャップを埋める解釈法が創設されるのである。

法創造教育とは、学生の法創造思考力を開発する教育である。従来の教育は法的知識の供与を主とした。これからの(法科大学院での)法学教育では、法的思考力(Legal Mind)の育成が重要である。日本の法律家に特に必要とされているのが、法創造思考力である。法創造教育の方法が開発されなければならない。

本研究は、法適用においてより適切な法を創造する原理と方法の科学的解明を行う。そしてそれを通じて、我が国における新しい法創造教育方法を開発する。本研究は、相互に関連する次の四つの研究課題から構成される。

(1) 法創造基礎の理論的解明

法適用における正義・公平判断の論理分析および経済学・ゲーム理論的分析を行い、より良い法の創造方法の基礎理論の構築を行う。

(2) 実務と教育における法創造の実際の解明

大陸法における法解釈の事例分析を行うとともに、米国のロースクールでのプロブレムメソッド(事例問題を解くという形で教育する方法)とケースメソッド(諸判決例から法ルールを抽出するという方法)、ソクラティックメソッド(問答形式で教育する方法)とディスカッションメソッド(学生の自由な議論を教師が導く形で教育する方法)の教育事例を分析し、両者を比較する。

(3) 法創造教育方法の開発

上記の四方法を法創造教育のために一層有効に用いる方法を研究し、教育効果の教育心理学的・認知心理学的分析を行いつつ、法創造教育方法を開発する。

(4) 法創造教育支援システムの開発

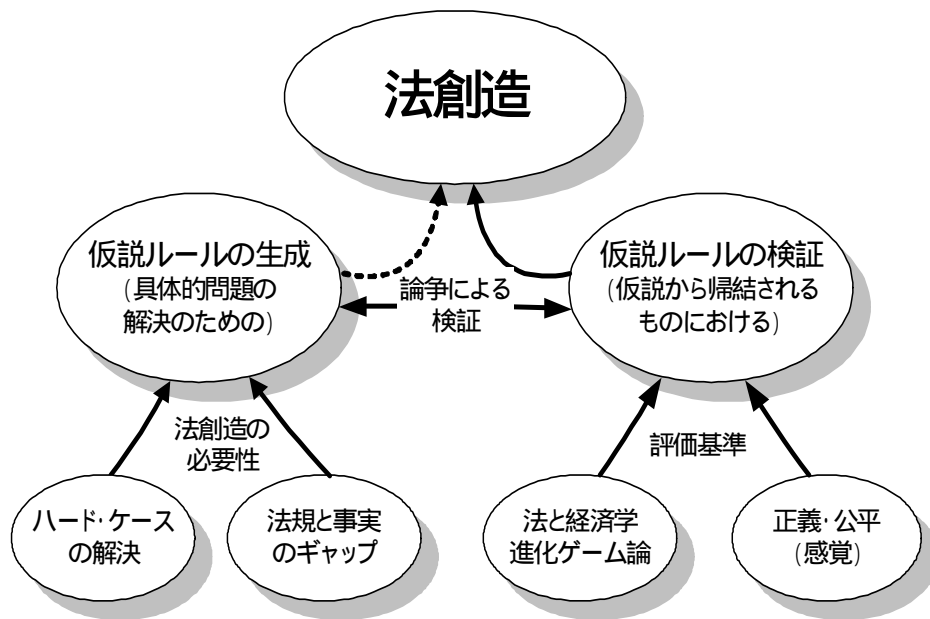
法創造教育を支援し実現していくために法

創造教育支援システムを開発する。開発されるシステムは、関連する法的知識(法規、判例、学説および制約知識)を整理し、問題集や問答集を整備して、Web上および知識ベースに搭載している。また、法的仮説生成・検証シ

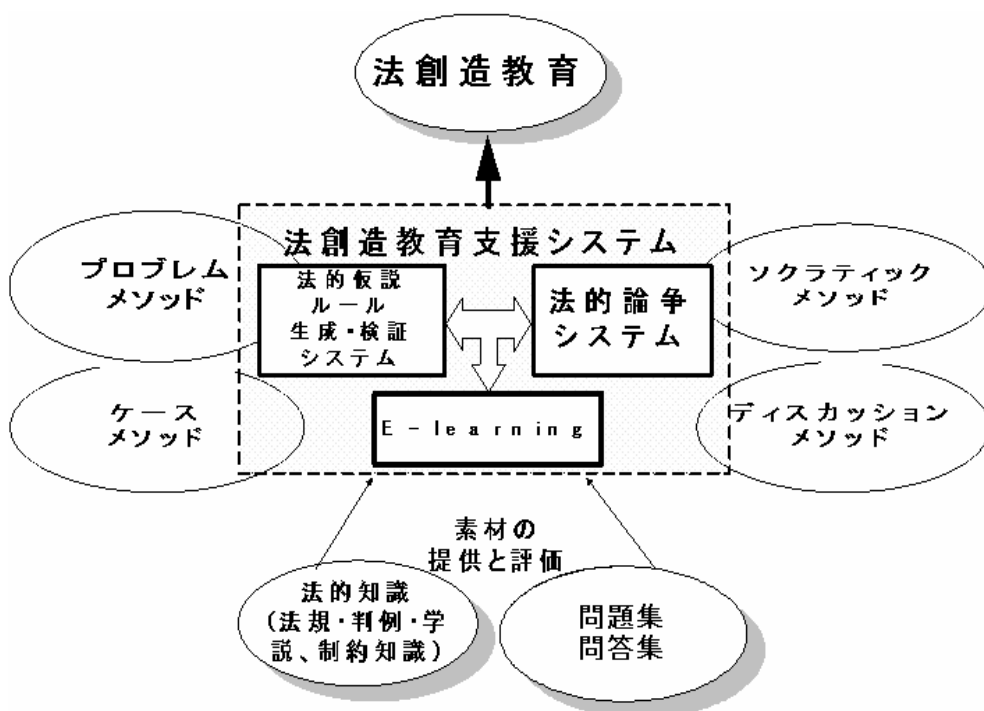
ステム、法的論争システム、および E - Learningシステムからなる。

以上の1. ~ 4. を総合して、法創造教育方法の開発が進められる。本研究により、「法創造の科学」への道が開かれることになる。

法創造とは何か



法創造教育方法と教育支援システム



規範の進化モデルと世論

太田 勝造

所属名：東京大学大学院法学政治学研究科

E-mail: sota@j.u-tokyo.ac.jp

1. 法規範の構造と合理的法創造の理論

最も単純化した形では、法規範Lは法律要件Tと法律効果Rとを結び付ける条件文として説明されることが通常である(太田 1982 など)。ここで法律要件とは、起こりうる状態集合Xを二つに分割した一方を指していることが通常であり、法律効果とは権利や義務の発生や消滅を指している($X = T \sim T$)。

法規範L：法律要件T 法律効果R

法規範はこのような構造を持つものとして説明されるが、そこには暗黙の前提として、法律要件Tに該当する状態が生じなかった場合には、当該法規範Lの規定する法律効果Rは発生しないことが含意されている。

法規範L：法律要件T存在
 法律効果R発生
 法律要件T不存在
 法律効果R不発生

ただし、当該法規範Lの規定する法律効果Rと同等の法律効果を定める別の法規範が存在することまでを否定するものではないので、厳密には、

法規範L：法律要件T存在
 Lの規定する法律効果R発生
 法律要件T不存在
 Lの規定する法律効果R不発生
となる(太田 1982, 第5章参照)。たとえば、1つの請求を複数の請求権が根拠付けうる場合である請求権競合の場合などがその例である。たとえば、原告の被告に対する損害賠償請求権が、契約法の法規範によっても不法行為の法規範によっても認められうる場合、契約法の規定する法律要件が存在しなくても損害賠償が認められないとは限らず、不法行為法の規定する法律要件が存在するならば損害賠償が認められる。このために、誤解を避ける上では、契約法の法律要件が存在しない場合には、契約法による損害賠償請求権は認められない、というように若干冗長な表現をすることになる。もちろん、このような場合については、状態集合をT1からT4の4つに分割して、

法規範L'：

T1存在	契約法でも不法行為でも 損害賠償請求権発生
T2存在	契約法でのみ損害賠償 請求権発生
T3存在	不法行為でのみ 損害賠償請求権発生
T4存在	損害賠償請求権不発生

のような法規範 L' を構築すれば明白となるが、法律学ではこのような整理はあまりしないようである($T_4 = \sim(T_1 \cup T_2 \cup T_3)$)。その理由は、たとえば損害賠償請求権がさらに所有権法の法規範によっても認められる場合がありうる場合には T_4 の部分が不完全となってしまう、法律効果にさらに「L' による場合の」という限定をつけざるを得なくなり、それらの可能性を網羅することが煩雑であるのみならず、網羅したからといって法を適用する上ではあまり実益がないからであろう。このような事情で、法律学では、法律要件を構築する際には、起こりうる状態集合を2つのみに分割して考えるのが一般的である。したがって、法律学において法規範が条件文として論理的な形式で説明される場合も、ほとんど常に、このような限定が暗黙についていることに注意しなければならない。

さて、ある法規範 $T \cup R$ が立法や裁判による法創造によって定立されたとして、その正当化根拠はどこにあるのであろうか。議会による立法の場合は、投票という手続によって民主主義的な正当性が付与されたと見ることが通常であろう(ただし、社会的決定手続としての民主主義的手続きの可能性については深刻な問題が存在する。たとえば、宇佐美 2000 参照)。しかし、このような手続的な正当化は、裁判による法創造には当てはまりにくいだけでなく、立法の場合においても、その生産物たる法規範の中身を全く度外視してその正当性を論じることは不十分との謗りをまぬがれないであろう。

立法であれ裁判による法創造であれ、定立された法規範の内容的な正当性は、状態の分割の仕方の適切さ、すなわち法律要件 T の設定の適切さと、それに対応付けられる法律効

果 R の選択の適切さに求められるであろう。これは、何を犯罪とするか、ある犯罪にいかなる刑を科すべきか、という刑法の法規範の定立の場合を考えれば分かりやすいであろう。では、さらに、法律要件の設定の適切さや法律効果の選択の適切さとは、いかなるものと考えべきなのであろうか。法律学においてはその点について多様な立場からの議論が戦わされているが、ここでは「立法事実アプローチ」と呼ばれる合理的な社会的決定の考え方で分析することにする(太田 1990:第二章, 太田 1995, 原 2000 など参照)。

法律要件の設定の仕方、すなわち状態空間からの2分割の仕方や、その法律要件に結びつける法律効果の選択の仕方は無数にありうるので、法規範の候補は無数にありうる。このような可能な種々の法的ルールを選択肢の中から、社会的に望ましいものを選び出す方法論のひとつが立法事実アプローチである。立法事実 (legislative facts) とは、もともとは「法を創造する場合の基礎を形成し、それを支えている事実」であり、「法創造の背景となる社会的・経済的事実」を指す。立法事実は、係属事件の解決だけの目的で確定されねばならない、法適用の対象たる事実と定義される「判決事実 (adjudicative facts)」と対比される概念である。本稿では、立法事実をより広くとらえ、立法であれ裁判による法創造であれ、法の定立、すなわち、種々の可能な法規範の選択肢からの選択がなされる場合の、法的価値判断の基礎となる社会科学や自然科学の理論と事実とを総称するものと定義して用いる。立法事実と判決事実とを法創造の場面について図式化すれば下記の図のようになる。

裁 判 過 程 立 法 法 過 程	判決事実 事実認定 法律要件 (法 規 範) 立法事実	判 決 法的結論 法律効果
---	---	-----------------------------

立法過程では制定法の形での法規範の定立がなされる。その際に、ある社会問題の解決などのような当該立法の目的を実現する上で最も合理的な法規範が選択されたとき、その法創造は合理的なものとして社会的に正当化できよう。ここでの立法事実は、立法される法規範が立法目的にとって合理的な手段となっているかについての社会科学上ならびに自然科学上の事実や理論である。

裁判過程では、立法された法規範を具体的紛争事件に単純に適用するだけで、そこには法創造の要素は無いかのように理解されることが多いとともに、法律学においてもあたかもそうであるかのように説明することがしばしばである。しかし、現実には、立法された法規範は抽象的かつ多くの場合曖昧であり、そのまま適用することは困難であり、裁判所による法的価値判断による法の具体化、すなわち、法を解釈して当該事件に適用できるような形に加工する必要がある。このような裁判による法の具体化の過程においては、制定法の枠内であることを原則としつつも、具体的な法規範を新たに創造する作業がなされている。したがって、裁判における法適用にも法創造の要素が多かれ少なかれ必然的に含まれている。裁判所は、立法過程の場合と同様

に、当該事件の解決やその事件をもたらした社会問題の解決にとって、自己の法創造による法規範が合理的な手段となっているか否かを、立法事実を参照して正当化しなければならないのである。

このように、法創造の社会的望ましさを支える諸事実としての立法事実は、種々の法規範選択肢の中からの価値判断による選択の合理性を支える事実であり、法創造の妥当性にとって、決定的に重要な事実である。また、このような立法事実アプローチにおいて法規範は、社会を制禦するための道具として位置づけられていることにも注意を要する。このような法の位置づけは、法的道具主義(legal instrumentalism)と呼ばれる。

前述のように、立法事実としては、ある法的ルールを採用した場合に、それがどのような社会的結果をもたらすか、そのような社会は望ましいか、を判断することを可能とする社会科学ならびに自然科学の法則や事実、データが主要なものである。といっても、立法事実から自動的に法的価値判が導かれるわけではもちろんない。社会科学、自然科学の法則や事実は価値中立的であり、人間がそれらの立法事実に基づいて、予測される社会的帰結に対する価値判断をして、法規範選択肢を選択しなければならない。その際には、パレート効率性の観点やコスト・ベネフィットの観点、分配的正義の観点、手続的正義の観点などからの分析が必要となる。さらに、ひとたび定立された法規範については、常にフォローアップ調査を行って、本来の立法目的を従前に果たしているか、重大な副作用をもたらしていないか、等の検討を続け、必要とあれば修正・改正を繰り返す必要がある。

2. 社会規範の進化モデル: Skyrms モデル

上記1では、法規範の人為的な定立の合理的モデルを説明した。ところで、社会で妥当している規範（社会規範）は法規範に限られるわけではないとともに、法規範が社会規範の最も主要なものであるとも限らない。マナーや作法、儀式、道徳・倫理なども広く含めれば、社会構成員たる個々人の意思決定や行動、そして社会構成員間の相互作用、さらには、社会秩序を制禦している諸規範の中の主要なものは、むしろ法以外の社会規範であるということもできよう。

社会規範の中で、法規範のように人為的な定立がなされ、しかも、そのための手続や組織まで整備されているものはむしろ例外ではない。この意味では、社会規範を社会における約束事と看做すことも不正確である。意識的人為的な「約束」や「合意」が明示ないし黙示でなされた社会規範は例外中の例外だからである。むしろ日常用語としての社会規範とは、「社会における約束事である」と一定以上の人々の間で（なんとなく）想定されているものでしかなく、あるいは社会秩序が存在するとき人々の行動の背後ないし前提にあると想定されているものでしかないというべきであろう。このような「意味の世界」の曖昧で主観的なものをそのまま分析するのではなく、以下では社会秩序における人々の行為に着目して社会秩序や社会規範を分析する。したがって、本稿では人々の社会的相互行為のパターンとして社会秩序をとらえ、それを均衡状態や進化的安定状態としてモデル化して分析する。

また、上記1のように、意識的で人為的な選択として定立されるものとしてモデル化さ

れる法規範の場合においても、一般の社会規範と同様に、「なんとなく」選択されている場合も少なくない。

たとえば、法律学におけるある解釈学説が、なぜいかにして多数説となり、通説となり、判例や立法で採用されるようになるのか、そのメカニズムは必ずしも明らかではないとともに、そこには事前の約束や明示の合意は存在しない。社会問題が発生した当初はさまざまな相互に矛盾する判例が出されたのが、その後の判例の展開において一定の方向へ判例が収斂してゆくことはよく見られる現象であるが、それがなぜいかにして生じるのかは必ずしも明らかではないとともに、やはりそこには事前の約束や明示の合意が必ずしも存在するわけではない（ただし、最高裁判所の判断は下級審を拘束するので、その限度では判例の収斂の制度化がなされている。とはいえ、最高裁の判決自体、時代とともに変遷し、場合により先例は破棄されるがそのメカニズムと理論は必ずしも明らかではない）。立法された制定法がその後の過程で修正や改正を経て、あるいは当該法規範の裁判による法創造によって修正を蒙ってゆくのは、なぜいかにしてか、そのメカニズムはかならずしもはっきりしているわけではなく、そこにも事前の約束や明示の合意は存在しない。

このように、法規範を含めて社会規範の発生、変容、消滅の過程は、事前の「約束（コンヴェンション）」（Lewis 1969）や明示の「約束」などによっては、十分に説明されえないものである（盛山 1995）。このように、従来の法律学や法社会学において十分に解明されていないと言える法の生成・変容について、以下では Brian Skyrms の「意味」生成のゲーム論的進化モデルを応用して光を当ててみ

ることとする (Skyrms 1996: Ch.5).

極度に単純化して、状況にはT 1とT 2の2つのみがあり、いずれが生じるかは50%の確率であるとする。状況T 1に置かれたか状況T 2に置かれたかは当該個人にしか分からないとする。たとえば、状況T 1はフォーマルなパーティ、状況T 2はカジュアルなパーティなどと考えればよい。さて、状況T 1やT 2に置かれた場合、当該個人のとりうる行動にはA 1とA 2とがあるとする。したがって、状況T 1やT 2に置かれた場合の戦略としては、次の4つがある。

S 1 : T 1 A 1 , T 2 A 1
S 2 : T 1 A 1 , T 2 A 2
S 3 : T 1 A 2 , T 2 A 1
S 4 : T 1 A 2 , T 2 A 2

すなわち、戦略S 1は状況のいかんに関わらず行動A 1をとるものであり、S 2はT 1であれば行動A 1、T 2であればA 2をとる。S 3の場合は逆にT 1のときにA 2をし、T 2のときにA 1をする。S 4は、常にA 2をとる。具体例としては、パーティに招待された外国人を考えることができる。その国の文化や社会規範を知らない外国人であるので、招待されたパーティに、ジーンズで行くべきか、タキシードで行くべきかの問題に直面したような場合である。戦略S 1はパーティには常にジーンズで行くような戦略であり、戦略S 2はT 1型のパーティにはジーンズで行き、T 2型のパーティにはタキシードで行くような戦略である。S 4とS 3はS 1とS 2の逆であると言える。

行動A 1やA 2に対して他のコミュニティのメンバーがとりうる対応行動にはR 1とR

2とがあるとする。そこで、他のメンバーの戦略としては、次の4つがある。

V 1 : A 1 R 1 , A 2 R 1
V 2 : A 1 R 1 , A 2 R 2
V 3 : A 1 R 2 , A 2 R 1
V 4 : A 1 R 2 , A 2 R 2

すなわち、戦略V 1は状況のいかんに関わらず行動R 1をとるものであり、V 2はA 1であれば行動R 1、A 2であればR 2をとる。V 3の場合は逆にA 1のときにR 2をし、A 2のときにR 1をする。V 4は、常にR 2をとる。具体例としては、タキシード着用に対して拍手をすとか顔をしかめる、ジーンズに眉をひそめるとかガッツポーズをするなどの対応行動を考えればよい。なお、いうまでもなく、共有知識(common knowledge, cf. Chwe 2001)を前提したり、事前の合意を前提としたりしないモデルであるから、タキシードがフォーマルかカジュアルか、ジーンズがフォーマルかカジュアルか、そして、眉をひそめたり顔をしかめたりするのが肯定か否定か、拍手をしたりガッツポーズをしたりするのが肯定か否定かは未定であり、むしろそれらが「創発」することを示すことがこのモデルの眼目である。

各自の利得は、コミュニティのメンバーが状況T 1の場合に行動R 1をし、T 2の場合に行動R 2をした場合に、コミュニティの全員が1の利得を得、それ以外の場合には利得が0であるとする。すなわち下記のようになっているとする。

T 1 R 1 : 利得 1
T 2 R 2 : 利得 1
それ以外の場合 : 利得 0

なお、社会構成員はこの利得構造やそのメカニズムを知っている必要はない。何らかの形でこのような利得が結果としてもたらされれば、それだけでよい。すなわち、状況に応じてコミュニティのメンバーの対応行動が、何らかの利得（1）ないし制裁（0）を、何らかの社会内在的メカニズムがもたらす、という非常に抽象度の高い仮定を設定するだけである。眉をひそめあうことでみんながハッピーになるとか、拍手しあうことでみんながアンハッピーになるとかのような、コミュニティのメンバーの利得と対応行動との間の関連性をもたらす何らかの事情があればよいのである。しかもそのような関連性やメカニズムなどについてコミュニティのメンバーが知っているとか理解しているとかの前提は置く必要がない。単に結果としてコミュニティのメンバーの効用がシステマティックに変化することだけが想定されている。

コミュニティのメンバーとしては、T1やT2の状況におかれる可能性もあれば、そのような状況に置かれた他者の行動に対して対応行動をする可能性もあるので、各人の戦略は、VとSの組み合わせとなる。これは、4×4の16通り存在する。

簡単に確かめることができるように、下記の戦略22と戦略33とは厳密ナッシュ均衡となっている。

22 (S2, V2): T1 A1 R1, T2 A2 R2: 1, 1

33 (S3, V3): T1 A2 R1, T2 A1 R2: 1, 1

すなわち、一方当事者が一方的に戦略を変更すれば、その利得が減少してしまう。さらに、やはり簡単に確かめられるように、戦略22を全員が取っているコミュニティには、他

のどの戦略採用者も単独や少数では侵入することができない。なお、他の戦略採用者は、当該コミュニティの中からいわばミュータントとして発生する場合もあれば、外部の他のコミュニティから侵略を試みる場合もありうる。同様に戦略33を全員が取っているコミュニティにも、他のどの戦略採用者もミュータントとして少数で侵入することができない。すなわち、進化的安定戦略は22 (S2, V2)と33 (S3, V3)である。コミュニティの全員が22を採用している状態と全員が33を採用している状態とのいずれの進化的安定状態に到達するかは偶然による。

たとえば、戦略22、すなわち(T1 A1, T2 A2; A1 R1, A2 R2)という戦略を全員が採用して進化的安定状態となっているコミュニティでは、メンバーは状況T1に置かれれば行動A1を行い、それに対して他のメンバーからR1という対応行動がなされ、状況T2に置かれれば行動A2を行い、それに対して他のメンバーからR2という対応行動がなされる、というパターンが規則的に観察されることになる。逆に戦略33、すなわち(T1 A2, T2 A1; A1 R2, A2 R1)という戦略を全員が採用して進化的安定状態となっているコミュニティでは、メンバーは状況T1に置かれれば行動A2を行い、それに対して他のメンバーからR1という対応行動がなされ、状況T2に置かれれば行動A1を行い、それに対して他のメンバーからR2という対応行動がなされる、というパターンが規則的に観察されることになる。このように社会やコミュニティに行動の規則性が存在するとき、社会秩序が形成されていると看做すことができ、その

状態を社会規範が妥当していると呼ぶことができる (Posner 2000, 太田 2000)。

先のジーンズとタキシードの例を当てはめれば、戦略 22 の進化的安定状態においては、フォーマルなパーティの状況 T 1 に置かれると、たとえばタキシードを着用し、他のメンバーはたとえば拍手をする。他方、カジュアルなパーティの状況 T 2 に置かれると、たとえばジーンズを着用し、他のメンバーはたとえばガッツポーズをする、などとなる。この場合、タキシードはフォーマル・ウエア、ジーンズはカジュアル・ウエアとして位置づけるコミュニティの文化ないし社会規範があるといえることになる。他方、戦略 33 の進化的安定状態においては、フォーマルなパーティの状況 T 1 に置かれると、たとえばジーンズを着用し、他のメンバーはたとえば拍手をする。他方、カジュアルなパーティの状況 T 2 に置かれると、たとえばタキシードを着用し、他のメンバーはたとえばガッツポーズをする、などとなる。この場合、タキシードはカジュアル・ウエア、ジーンズはフォーマル・ウエアとして位置づけるコミュニティの文化ないし社会規範があるといえることになる。

このように、何がフォーマルで何がカジュアルか、などの価値的あるいは文化的判断は、事前の合意や共有知識として前提されるものではなく、戦略の進化的安定状態として創発する結果であるとするべきである。そして複数均衡のいずれに到るかが偶然によるのと同様、いかなる物がフォーマルで何がカジュアルかも、偶発的な産物であるといえることになる。したがって、フォーマルなパーティだからフォーマルなタキシードを着用する、という説明は本末転倒の論理であり、フォーマ

ルなパーティでタキシードを着るからタキシードはフォーマル・ウエアとなる、というのが正確な論理であることがわかる。

なお、以上では、レリヴァントな状況区分を単純化のために T 1 と T 2 の 2 つとしたが、この場合、シグナル理論によれば、行動はちょうど同じ数 2 つである必要がある (Skyrms 1996)。上の説明から明らかなように、レリヴァントな状況区分の数より少なければ、非効率となって、進化的安定とならない。他方、レリヴァントな状況区分の和より多い場合、必然的に冗長な行動が戦略の中に入ってくることになるので、やはり進化的安定とはならない (Skyrms 1996:123-124)。なぜなら、当該冗長な行動についての戦略を変更したミュータントや侵略者は、もとの戦略と全く同じ結果をもたらすので、侵入できることになるからである。この点は、Skyrms のモデルの本来の対象である「意味」の創発に関して言えば、「オッカムの剃刀」を論証するものであると位置づけることができよう。本稿の社会規範の文脈で見れば、過度に猥雑で冗長な規範は消え去る運命にあると解釈することが許されよう。

また、利得について、T 1 R 1 で各自の利得 1、T 2 R 2 で各自の利得 1、それ以外の場合は各自の利得 0 というように、状況と対応行動を独立変数とした従属変数として利得を定義した。これに対しては、Skyrms のモデルの本来の対象のように、外敵の発見 (状況 T)、警告シグナルの発信 (行動 A)、逃避行動 (対応行動 R) のような場合には非常に適合的であるが、社会規範の文脈では強引な設定のようにも見えよう。なぜなら、状況に対するコミュニティのメンバーの行動に対する、他のメンバーの対応行動は多くの場

合、肯定や否定などのサンクション行動であり、それが当初の行為者の利得に影響を与えることはともかく、対応行動をした者自身の利得に影響を与えると仮定することは迂遠に見えるからである。

しかしながら、社会規範の文脈で考えた場合、ある規範に適合的な行動に肯定的なサンクションで対応し、非適合的な行動に対して否定的なサンクションで対応することは、そのようなサンクション行為者のインセンティブを考えてみれば、なぜなされるか説明できないであろう。なぜなら、合理人がコストを掛けてサンクションという対応行動をするのは、そのコスト以上の利得がもたらされる場合のみだからである。したがって、ある状況である行動とそれによって惹起される対応行動とが当該コミュニティにおいて発生することが、何らかのメカニズムを通じてコミュニティのメンバーの利得（厚生）に影響を与えるような外生的状況が存在する、と仮定せざるを得ないことになる。これこそ、ここでの仮定に他ならない。逆にいえば、この仮定が成立するような状況こそが、社会規範を創発させるレリヴァントな状況であるというべきことになる。つまり、対応行動が対応行動者の利得に影響を与えるような場合でなければ、社会規範は生じないはずなのである。

さらに、状況と利得のこのような関係にとって興味深いことは、社会規範がこの関連性に対してセルフ・サステイニングでありうる点である。ひとたび社会規範が創発すれば、あるメンバーの行動に対する他のコミュニティのメンバーの対応行動は、単なるサンクション行動であることを超えて、当該サンクション行為者のシグナリング行動となりうる。社会規範の遵守に対して肯定のシグナルを発

し、社会規範違反に対して否定のシグナルを発することは、自分が良いタイプのメンバーであることを他のメンバーに対して表明することになる（Posner 2000）。それがうまくゆけば、その者のコミュニティにおける立場は向上するであろうから、その意味で利得が増加するであろう。このようにして、ひとたび創発した社会規範のサンクション行動はセルフ・サステイニングとなりうるのである。

以上は、自生的な社会規範のモデル化であったが、本稿冒頭の立法事実アプローチによる立法や法解釈のような、人為的な規範作出の場合はどうであろうか。ここにも、Skyrmsのモデルを適用できるように思われる。

状況 T_1 や T_2 を法的な対策が必要とされるような社会問題や紛争と解釈する。状況における行動 A_1 や A_2 を立法者や裁判所の法規制定や法の修正・創造と解釈する。対応行動 R_1 や R_2 を法規の名宛人、すなわち国民の対応行動と解釈する。国民の行動は社会厚生に影響を与えるので、立法者や裁判官をも含む全ての国民の利得に影響を与える。したがって、 T_1 R_1 で各自の利得 1 、 T_2 R_2 で各自の利得 1 、それ以外の場合は各自の利得 0 という仮定をおくことは、かなり自然な仮定であるということが許されよう。

以上の再解釈によれば、Skyrmsの進化ゲーム論的モデルはそのまま人為的法創造に当てはまる。そして、進化的安定戦略は 2_2 (S_2, V_2) と 3_3 (S_3, V_3) となる。ここで、 2_2 がもたらす社会の進化的安定状態とは、立法者や裁判所の定立した法規に沿った対応行動を国民が行っている社会状態と解釈することができよう。これに対し、 3_3 がもたらす社会の進化的安定状態では、立法者や裁判所は状況に照らして誤っ

た内容の法規範を定立してしまったが、国民がそれら誤った法規範とは逆の行動を合理的にかつ賢くも採用することで安定している社会状態と解釈することができよう。もちろん、法規範定立はここではシグナルでしかないから、22と33の解釈を逆転させても構わない。結局、シグナルとしての法規範の意義は、レリヴァントな状況を過不足なく区別できるか否か、であるということになる。

3. 法創造と世論

本研究では、以上1と2の理論枠組みに対して、国民が裁判による法創造をどのように評価しているのかを質問票調査の形で研究した。たとえば、上記1の立法事実論アプローチのような合理的な裁判による法創造の理論が与えられても、国民が裁判による柔軟な法創造を忌避する傾向があるならば、実務には定着しないからである。また、上記2の法創造の進化モデルによって創発する法秩序・規範秩序については、国民がどのように評価するかによって、その社会的望ましさを測定する必要があり、パレート原理のような評価基準を国民が支持するものか否かを確認しておくことが必要だからである。

まず、裁判による法の修正の最もドラスティックなものである「違憲立法審査制度」について質問票ではその評価を尋ねた。具体的な質問は下記である。

まず、違憲立法審査制度を次のように説明した。

「裁判所は法律を適用して、事件に判決をくだす国の機関です。国会が制定した法律の内容が憲法に適合するかどうかを裁判所が審査し、憲法違反であると判断した場合には、その法律を裁判所が無効にすることができる制

度を「違憲立法審査制度」と呼びます。世界には「違憲立法審査制度」を採用している国と採用していない国があります。」

次いで、違憲立法審査制度に対する賛成意見と反対意見があることを次のように示して質問した。

「『違憲立法審査制度』について、次のような賛成意見と、反対意見があります。あなたの意見はどちらの意見に近いですか。

・賛成意見

民主主義下の立法では、多数派が少数派を犠牲にするおそれがある。法律の合憲性を裁判所が審査して無効とできる制度は少数派を保護できるので賛成だ

・反対意見

選挙で選ばれた議員で構成される国会が制定した法律なのだから、合憲性を裁判所が審査して無効とできる制度は民主主義に反するので反対だ」

回答選択肢は、「(ア)賛成意見と同じ」から「(オ)反対意見と同じ」までの5つの中から、回答者の意見に近いものを選んでもらう形式を採用した。

次いで、民事裁判における法創造ないし創造的法解釈について、二つの質問をした。第一は、当事者間公平を考慮して法を柔軟に裁判所が解釈することと、裁判所が法律どおりに法を適用することとで、いずれに近い考えを持っているかを聞いた。具体的には、次の質問をした。

「裁判所は法律を適用して、事件に判決をくだします。損害賠償や契約違反などの民事裁判をする際に、裁判所は法律を柔軟に解釈して適用すべきでしょうか。それとも、厳格に解釈して適用すべきでしょうか。では、裁判所の裁量に対する、あなたの意見は、当事者

公平説と法律重視説のどちらの方に近いですか。

・当事者公平説

裁判所は法律の適用にあたって、当事者間の公平性を考慮して裁量的に法律を解釈すべきである

・法律重視説

裁判所は法律の適用にあたって、法律の内容どおりに解釈すべきである」

回答選択肢は、(ア)「当事者公平説と同じ」から(オ)「法律重視説と同じ」までの5つの中から、回答者の意見に近いものを選んでもらう形式を採用した。

第二は、法の政策目的を考慮して法を柔軟に裁判所が解釈することと、裁判所が法律どおりに法を適用することとで、いずれに近い考え方を持っているかを聞いた。具体的には、次の質問をした。

「次のように、裁判所の法解釈については、法の政策目的を重視して裁判所の裁量を認める意見と、法律の内容を重視して、裁判所の裁量を制限する意見とがあります。裁判所の裁量に対するあなたの意見は、法政策重視説と法律重視説のどちらの方に近いですか。

・法政策重視説

裁判所は法律の適用にあたって、法の政策目的を考慮して裁量的に法律を解釈すべきである

・法律重視説

裁判所は法律の適用にあたって、法律の内容どおりに解釈すべきである」

回答選択肢は、(ア)「法政策重視説と同じ」から(オ)「法律重視説と同じ」までの5つの中から、回答者の意見に近いものを選んでもらう形式を採用した。

最後に、法規範の評価基準として人々は、

公平性とパレート効率性との間で、いずれの方を支持するかを確認する質問をした。具体的には下記の質問をした。

「国会は法制度改革として、次のA法、B法、C法の3つの内のどれかを1つ選んで制定することになったとします。なお、A法、B法、C法では豊かな人への影響だけが異なります。あなたが最も望ましいと思う法律は、A法、B法、C法のどれですか。

(ア) A法

A法を制定すると、貧しい人は得をしますが、豊かな人は損をします

(イ) B法

B法を制定すると、貧しい人は得をしますが、豊かな人は損も得もしません

(ウ) C法

C法を制定すると、貧しい人は得をしますが、豊かな人も得をします」

調査自体は3月初めに実施しており、まもなくデータを分析できる予定である。

4.おわりに

合理的法形成・法創造の理論と、法規範の進化モデルの構築を行い、それらに対する国民の評価を法社会学の手法で査定した。

時期的に調査結果がぎりぎりとなってしまった。

< 参考文献 >

- [1] Chwe, Michael S.-Y.: Rational Ritual: Culture, Coordination, and Common Knowledge, Princeton University Press (2001).
- [2] ドーキンス, リチャード: 『利己的遺伝子』日高敏隆・岸由二・羽田節子・垂水雄二(訳)紀伊國屋書店(初版翻訳 1980 『生物=生存機械論』)(1991) (Dawkins, Richard: The Selfish Gene, New Edition, Oxford University Press (1989) [First Edition 1976]).
- [3] 原竹裕: 『裁判における法創造と事実審理』弘文堂(2000).
- [4] Lewis, David K.: Convention: A Philosophical Study, Harvard University Press (1969).
- [5] 西野喜一: 『裁判の過程』判例タイムズ社(1995).
- [6] 太田勝造: 『裁判における証明論の基礎』弘文堂(1982).
- [7] 太田勝造: 『民事紛争解決手続論: 交渉・和解・調停・裁判の理論分析』信山社(1990).
- [8] 太田勝造: 「鑑定: 前注, 301条~303条」新堂幸司・鈴木正裕・竹下守夫(編集代表), 谷口安平・福永有利(編集) 『注釈民事訴訟法(6) 証拠(1) § 257-310』有斐閣 396頁~431頁(1995).
- [9] 太田勝造: 『社会科学の理論とモデル 7: 法律』東京大学出版会(2000).
- [10] Posner, Eric A.: Law and Social Norms, Harvard University Press (2000) [太田勝造監訳, 藤岡大助・飯田高・志賀二郎・山本佳子訳 『法と社会規範: 制度と文化の経済分析』木鐸社(2002)].
- [11] Ramseyer, J. Mark & Rasmusen, Eric B.: "Judicial Independence in a Civil Law Regime: The Evidence from Japan," Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 13, p.259 (1997) (ラムザイヤー, J.M. & ラスムセン, E.B.: 「日本における司法の独立を検証する」『レヴアイアサン』22号 116-149頁(1998)).
- [12] 盛山和夫: 『制度論の構図』創文社(1995).
- [13] Skyrms, Brian: Evolution of the Social Contract, Cambridge University Press (1996).

法創造教育と経済学

—借入金の個人保証を事例として—

松村敏弘

東京大学 社会科学研究所

E-mail: matsumur@iss.u-tokyo.ac.jp

1. 序

法学教育において、創造的な思考を育てるのにも、多様な考え方を学ぶことが不可欠であり、法創造教育において経済学的発想に触れることは非常に有益である。また法創造において、制度設計の研究に長い歴史を持つミクロ経済学の分析道具を理解し使いこなすことは非常に重要である。

法律を考える際には、経済効率性の観点は(唯一の評価基準ではないにしても)最も重要な評価基準のひとつである。米国の Law School で、法と経済学の発想、経済学的な思考が定着していることからわかるように本来、経済学的な見方は法的思考との親和性が高い。また研究会における一連の報告を通じて、法学的な「事後」における「公平あるいは公正」の観点と経済学的な「事前」における「効率性」の観点は必ずしも対立するものではないことを明らかにしてきた。本稿では、経済学的な発想のもう一つの重要な側面を具体的な法創造の事例を取り上げながら明らかにする。

ある学者が、既存の法律・ルールには何らかの不備があり、新しいより合理的なルールを「創造」する必要があると考えたとしよう。典型的な経済学者がこのような法創造を考えるときに最初にするのは「なぜこのようなルールが存在して、かつ今まで存在してきたのか?」「このルールがどんな機能を果たしてきたのか?」という問題を考えることである。今ある問題の構造を理解することなく、闇雲に「今あるルールは衡平性を欠くから負担ルールを変えよう」という発想が、事前の人々の経済行動を歪め悲惨な結果をもたらす可能性があることは既に色々なところで指摘されている。問題の構造を理解する最初のステップが「今あるルールがなぜ存在し、どんな機能を果たしているのか」という点である。この重要性を示す

例として、本論文では「零細企業の借り入れに際しての、経営者個人による会社の債務の保証」の問題を取り上げる。この問題を分析することを通して、法創造には問題の構造の理解が不可欠であることを示す。同時に、経済学の断片的な知識を詰め込むことと、経済学的な思考を理解しその道具を使いこなすことの間以下に大きなギャップがあるのか、これを正しく学ぶことが望ましい法体系の創造・理解にいかに関与するのかを明らかにする。

2. 個人保証

中小、あるいは零細企業が銀行から借り入れをするときには、しばしば経営者(ほとんどの場合オーナーでもある)の個人保証を求められる。会社自身は株式会社で、有限責任によって出資者のリスクは制限されている。しかし、会社の借入金オーナーが個人で保証したのでは、実質的に「無限責任」を負っているのと同じになってしまう、株式会社制度の趣旨に反するとさえいえる。仮にオーナーが家屋敷を持っていたとすると、自分の会社の破綻時には家屋敷もとられてしまうことを意味する。このような過酷な金融慣行が日本の零細企業金融では広く普及している。

この金融慣行の弊害として、起業の誘因を著しく損なう点が指摘されている。どんな優れたビジネスであっても、絶対に成功するとは限らない。個人保証は、失敗時に過重な負担を起業家におわせ、その結果起業率を低下させ、社会の活力を奪っているかもしれない。また、一度失敗すると個人財産を根こそぎとられてしまうとすれば、再挑戦が困難になり、結果的に一度失敗したら立ち直れない非常に不安定な社会を生み出してしまふかもしれない。またそもそも、銀行の方は多くの借り手に資金を分散することができるので

あるから、借り手よりも貸し手の方がリスクに対する許容度が大きく(危険回避度が小さく)、したがって、そもそもリスクは借り手(零細企業のオーナー)ではなく貸し手(銀行)が負う方が効率的であると考えられる。

このような弊害に対応して、個人保証の廃止、制限を求める政策提言がなされている。しかし、個人保証を強行法規で制限することを提言する前に、まずやらなければならないことがある。それは「なぜこのルールが普及しているのか？」という問題を考えることである。個人保証をつけることが強行法規で求められているのであればともかく、広く普及した金融慣行でも当事者はそれが著しく不合理なものであれば自発的にその慣習に従わない自由があるはずである。ということは、このような慣習が広まっているのにはなにがしかの理由があるからである。以下ではこの点を分析していく。¹

3. 市場均衡の効率性・コースの定理・契約自由の原則

なぜこのような金融慣行が日本では普及しているのだろうか？この問に対する最も安直な答えは、「貸し手にとっては保証をとった方が回収率が高くなる。貸し手の交渉力が強いので借り手に不利な契約を強いる。」というものである。この答えは(常にではないが)一般的には誤りである。これを示すために次の例を考えよう。

仮に借り手も貸し手も危険中立的とする。² 潜在的な借り手は1億円の市場価値を持つ家屋敷を持っている。この借り手のこの家屋敷に対する主観的な価値は3億円である(だから手放したくない)³。3 この借り手は優良なプロジェクト(プ

ロジェクト1)を持っている。5億円投資すれば確率0.9で成功し、7億円になって返ってくるが、確率0.1で無価値になる。

仮に貸し手が担保を取られなければ、確率0.1で借り手は主観的に3億円の価値のある物をとられないですむことになる。ということは借り手は担保を取らない契約に対して、(成功したときに払う)利子を1/3億円余分に払ってでも担保なしの契約を選ぶ。一方貸し手にとっては、担保が取れない代わりに成功時の利払いが1/9億円増えれば期待回収額は同じになる。貸し手と借り手の交渉の結果、担保を取らない契約が結ばれるはずである、このとき、(例えば貸し手間の激しい競争の結果)貸し手の交渉力が弱ければ利払いの増加は1/9億円に近くなり、逆に借り手の交渉力が弱ければ利払いの増加は1/3億円に近くなる。いずれにせよ、担保を提供しない方が効率的であれば担保を適用しない契約が選ばれることになる。⁴これはまさにコースの定理(情報が完備で、交渉に費用がかからず、権利の帰属が明確であれば、交渉を通じて効率的な資源配分が達成される)という一般的な原理を、借入れ契約という特殊な文脈に応用したものである。⁵

コースの定理が成立する世界では、契約自由の原則に反して担保の提供を制約するように法規制を加えることは一般に経済厚生を損なうのである。

4. 情報の非対称性と市場の失敗

レミアムが貸し手のそれよりも大きい、と仮定すれば同様の結果が得られる。本論文でこの仮定を避けたのは「危険回避」という概念に慣れていない者にも理解できるように、便宜的に上記のような仮定をおいた。

⁴ もし利子率の上限が規制されており、かつ契約された利子率が上限に等しくなっている場合には、この議論は成立しない。現実に日本では利息制限法及び出資法によって金利の上限が定められており、また、つい最近(平成16年2月20日)も貸金業規制法の「みなし弁済」の適用を制限する最高裁判決がでたばかりである。しかし、銀行の企業貸し出しに関しては、実効金利を高める技術は銀行貸し出しでは広く知られている。また、もしこの金利規制が上記の金融慣行の原因であると主張することは、金利規制さえなくなればこの慣行はなくなると主張するのと同じである。筆者はこの主張が現実的だとはとても思えない。

⁵ コースの定理についてはCoase(1960)を参照せよ。

¹ 法と経済学分野で、存在するルールは効率的であるという典型的な発想についてはPriest(1977)及びRubin(1977)を参照せよ。

² ある経済主体が危険中立的であるとは、リスクとは無関係に収益の期待値を最大化する経済主体であるということである。例えば確率1で1億円の価値のあるものを失うことと、確率1/3で3億円の価値のあるものを失うことが無差別であるということである。

³ 本論文では説明を簡単にするために、あえての家屋敷に対する主観的な価値が市場価値を上回るケースを考えた。このように仮定しなくても、借り手が危険回避的で、そのリスク・プ

前節では、情報が完備であることを仮定していた。現実の世界では、借り手が持つすべての情報を貸し手が持っているわけではない。つまり、情報の非対称性が存在する。この節では、情報の非対称性の典型的な例として hidden action (借り手がとった行動が貸し手にはわからない) と hidden information (借り手の性質が貸し手にはわからない) を取り上げ、それぞれモラルハザードと逆淘汰の問題を引き起こすことを説明する。

4-1.モラルハザード

モラルハザードの典型的な例として、有限責任の下で、借り手がより危険な投資行動をすることがあげられる。例えば、倒産の危機に瀕している企業が手抜き工事をするようなケースである。手抜きをしてそれがばれると、巨額の損害賠償や信用の失墜に直面することになる。しかしもしばれなければ、手抜きをしたことによる費用の削減で目先の利益を増やすことができる。手抜き工事は、ばれないという幸運なときの利益を増やす代わりに、ばれるという不運な時の利益を減らすことになる、非常に危険な行動である。しかし、倒産の危機に瀕し、普通にやっていたら倒産してしまう企業にとっては、手抜きがばれても、あるいは手抜きをしなくてもどうせ倒産するので、幸運なときの利益を増やす手抜き工事に走りがちである。したがって、公共工事の発注などではこの手のモラルハザードを防ぐための様々な工夫がなされている。⁶

貸し出し市場でこのモラルハザードの問題を考えよう。例として次のような状況を考える。借り手は、5億円投資するとY年後に確率0.1で0円、確率0.9で7億円になるプロジェクト1と確率0.9で0円、0.1で25億円になるプロジェクト2を持っていて、どちらに投資するのかわかるとする。貸し手は、借り手の行動(どちらのプロジェクトを選択したのか)がわからない(情報の非対称性)。有限責任の下では利子率によらず借り手はプロジェクト2を選択してしまう。貸し手はこの借り手の行動を予想して、そもそもお金を貸さなくなる。プロジェクト1は本来収益がその費用を上回る「投資すべきプロジェクト」であるのに、実際には

このプロジェクトに資金が供給されなくなってしまう。この結果貸し出し市場が縮小してしまう。⁷

さてここで、前節で考えた個人保証を考えよう。個人保証を提供した上でプロジェクト2を選ぶと確率0.9で3億円を失うことになる。仮に金利がゼロでも、プロジェクトが成功したときには20億しか得られないから、確率0.1でしか成功しないプロジェクト2はこの借り手にとって不利益をもたらす。したがって、借り手はプロジェクト2を選ぶことはなくなる。一方プロジェクト1を選んだときには確率0.1でしか3億円を失わない。利払いを x とするとプロジェクト1を選んだときの期待収益は $-0.3+0.9(2-x)$ であるので、 $x \leq 5/3$ であれば、借り手は担保を提供して資金を借りることになる。貸し手の期待収益は $-0.4+0.9x$ であるので、

$x \geq 4/9$ であれば、貸し手は担保を提供されれば資金を供給することになる。実際の利払い x は $4/9 \leq x \leq 5/3$ となり(貸し出し市場が競争的であるほど $4/9$ に近づく)、借り手は担保を提供して資金を借りることになる。

この状況では、担保を提供することが、自分がより危険なプロジェクト(プロジェクト2)に手を出さないことのコミットメントになる。より危険な行動をとると自分が痛い目にある、という状況を自ら作り出すことを通じて貸し手の信用を得て資金を得る(貸し手の立場から見れば、より危険な行動をとると借り手が損をする状況を強要することによってはじめて安心して資金を貸せるようになる)のである。担保の提供だけでなく、(借り手が迷惑をかけたくないと考えているような)親戚や知人の保証をとったり資金を出させたりというのと同じような機能を果たす。

この状況でもし個人保証の提供が禁止されたらとしよう。借り手は、より危険な行動をとらないことにコミットする機会を奪われ、その結果資金を借りられなくなってしまう。借り手も貸し手も収益機会を奪われて、パレートの意味でより劣った資源配分が実現してしまうことになる。

⁷ この例ではそもそも資金が貸し出されなくなるのであるが、例えば成功したときの利益が例えば55億円であれば、リスクに見合う高金利が設定された上で貸し出しが行われる。この場合にも本来望ましい(より収益性の高い)プロジェクト1ではなくプロジェクト2が選ばれるという経済損失が発生し、貸出金利は(プロジェクト1が選ばれる完備情報市場のそれよりも)ずっと高いものになってしまう。

⁶ 泉田成美・西口敏宏・松村敏弘(1998)を参照せよ。

4-2. 逆淘汰

次に hidden information の典型的な例を考える。5億円投資するとY年後に確率0.1で0円、確率0.9で7億円になるプロジェクト1をもつ借り手(タイプ1の借り手)と確率0.9で0円、0.1で25億円になるプロジェクト2をもつ借り手(タイプ2の借り手)がいたとする。借り手全体でタイプ1の割合は q (タイプ2の割合は $1-q$)であるとする。タイプ1は利払い x が2億円を越えると退出する。タイプ2は利払い x が20億円まで退出しないことになる。つまり、金利の上昇に伴って、まず優良な借り手が市場から退出し、より危険な借り手だけが市場に残ることになる。このような現象を逆淘汰という。

個人保証は、このタイプの情報の非対称性にも威力を発揮する。情報の非対称性がある状況で、情報の非保有者に対して、情報の保有者が自分の行動を通じて間接的に情報を伝える現象をシグナリングという。個人保証はこのシグナリングの役割を果たすのである。⁸

貸し手は借り手企業のタイプを知らない。このときタイプ1は、あえて担保を提供することで「自分がタイプ1である」ことを貸し手に信じさせることができる。自分の個人資産を担保に提供すると、経営者はプロジェクトに失敗したとき3億円分の主観的な価値を失う。この確率がタイプ1は0.1、タイプ2は0.9であるから、タイプ2はタイプ2の9倍もの費用を負担することになる。タイプ2は担保を入れることで自分をタイプ1であると貸し手

に信じさせることができたとしても、担保を入れる費用が大きすぎてそもそも借り入れを断念することになる。逆にタイプ1にとってはタイプ2よりもその費用が低いためにあえて担保を差し出す契約を選ぶことがあり得る。ここでタイプ1の借り手企業の経営者が行う担保提供はシグナリングということになる。このシグナリングによって市場からタイプ2は排除されることになる。

さて仮に貸し出し市場が競争的であるとしよう。このとき利払い x は上記の均衡では $4/9$ となるこの状況でもし個人保証の提供が禁止されたとしよう。タイプ1の借り手は、自分がタイプ1であることをシグナルする機会を奪われる。もし q が十分に小さければ、具体的にはこの設例では $q < 43/56$ であれば、貸し手は資金を供給せず、タイプ1の借り手は収益機会を奪われて、パレートの意味でより劣った資源配分が実現してしまうことになる。仮に $q \geq 43/56$ であったとしよう。このとき貸し手はタイプ1とタイプ2を区別できないので同じ金利をつけることになる。この利払いは

$$x = \frac{45 - 40q}{8q + 1}$$

となる。この状況でタイプ2の利益が増加しているのは明らかである。タイプ1は、タイプ2と区別されなくなることによって金利が上がり、損失を被っているように見える。しかし、個人保証を出さないことによる利益も存在する。仮に $q \geq 199/208$ であると、前者の損失が後者の利益を下回り、タイプ1も個人保証の禁止によって利益を得ているのである。つまり個人保証の禁止がパレートの意味で厚生を改善したのである。 q が十分に1に近ければ、金利の上昇はほとんどゼロになる。しかし一方で個人保証を出さないことの利益は q と無関係に一定であるので、 q が1に十分に近ければ後者の利益が前者の利益を上回るのである。

それではなぜ、モラルハザードのケースとは異なり、個人保証を強行法規によって制限することが経済厚生を改善する可能性がでてくるのであろうか？モラルハザードの場合、基本的にモラルハザードを防ぐことに依る損失も利益も契約当事者以外には及ばない。モラルハザードを防ぐために費用もその利益も契約当事者に帰属するので、もしモラルハザードを防ぐ費用がその

⁸ シグナリングについてはSpence (1973) を参照せよ。また、金融市場でもシグナリングについてはLeland and Pyle (1977) を参照せよ。情報を伝えるという点でよく似た問題に情報開示 (disclosure) の問題がある。これは直接相手に情報を伝えることが可能である状況で、それを伝えるのか隠すのか、あるいはいかにして伝えさせるかといった問題である。例えば自分が経済学の博士号を持っているというのは相手に学位記を見せればすむことで、間接的な行動で伝える必要はない。したがって開示だけが問題となる。しかし、たとえば経済学の素養があるかどうか、という情報はこれほど簡単には伝えられない。博士号を持っていても素養のない人も、持っていなくても素養のある人もいるからである。このように直接自分の持っている情報を直接は相手に伝えられない状況で、自分のとった行動から相手に合理的に推論させる行動をシグナリングという。情報開示に関しては松村(1998) 及び藤田・松村(2002) を参照せよ。情報開示の誘因と日本法の関係についてはMatsmura and Ryser (1995) を参照せよ。

利益よりも大きければ当然そのような契約を選択しないことになる。

ところが、シグナリングの場合にはシグナルによる利益は外部性(第三者効果)を伴う。シグナルを送ることの利益は、シグナルを送らない人から区別されることによる所得移転効果を含んでいる。シグナルを送らないとタイプ2が利益を得ることは説明したが、シグナルを送れば逆にタイプ2の所得を下げることになる。この所得移転は、シグナルを送る物にとっては利益であるが、社会全体を見れば単なる所得移転で価値を生んでいない。この結果、シグナルを送ることの私的利益は社会的利益を上回り、この結果シグナルを送る誘因は過大となるのである。この所得移転はタイプ2との間だけで起こるだけではない仮に1人のタイプ1だけがシグナルを送るとすると、他のタイプ1がすべてシグナルを送っていないかたとしてもシグナルを送らなかった者の平均的な収益率を下げる。この結果、借り手あるいは貸し手の少なくともどちらかの収益が下がることになる。このような所得移転効果を考えないために、一般的にシグナルを送る誘因は過大となり、結果的に資源配分は非効率的になるのである。仮に、貸し手の方は「担保を提供しない借り手はタイプ2である」と信じ込んでいたとして、この貸し手の予想を前提とするとタイプ1の借り手は資金を借りるためには担保を提供せざるを得なくなる。この結果、「担保を提供しない借り手はタイプ2である。」というもとの貸し手の予想は実現することになる。個人保証の禁止は、このような閉塞状況を打破するきっかけになり得るのである。⁹

仮に q が大きかったとしても、この均衡が唯一の均衡ではなく、別の均衡も存在し得る。「シグナルを送らない借り手は確率 q でタイプ1である」と貸し手が信じ込んでいれば、十分に大きな q の下でタイプ1もあえてシグナルを送る誘因を持たず、その結果「シグナルを送らない借り手は確率 q でタイプ1である」という借り手の予想が実現するタイプの状況も均衡になりうる。¹⁰この事実は、

⁹ 逆淘汰、シグナリングと日本法の関係については藤田友敏・松村敏弘(2002, 2004)を参照せよ。

¹⁰ このタイプの均衡を一括均衡(pooling equilibrium)という。もう一つのタイプの均衡を分離均衡(separating equilibrium)という。

客観的な状況が全く同じ2つの社会で、全く異なる均衡(1つは個人保証が普及する均衡、もう一つは個人保証が普及しない均衡)が実現する可能性があるのである。個人保証の禁止という極端な手段でなくても、何らかの介入によって個人保証の使い勝手を悪くしてやれば、個人保証の慣行が存在しないよりよい均衡に誘導できるかもしれない。しかし、そのやり方はかなり慎重を要する。例えば、個人保証を要求しない新銀行を東京都が設立したとしよう。これが従来の金融慣行を変える起爆剤になる可能性は否定しないが、単にタイプ2だけを引きつけて不良債権を積み上げる結果に終わる可能性も否定できない。

最後に強調しておかなければならないことは、本論文は、個人保証がシグナリングの役割を果たしているとして、個人保証の禁止が経済厚生を改善する可能性を示しただけで、必ず厚生を改善すると主張しているわけではないことである。既に述べたように q が十分に小さければ、シグナリングを使えなければタイプ1も借り入れができなくなり、したがって経済厚生を損ねることになる。どちらが正しいのかは、第一義的には、貸し手に区別のつかないレモン(ひどい借り手)がどのぐらいの割合で社会に存在しているかである。これは、貸し手の識別能力にも依存している。貸し手の能力が高く、(すべてではないにせよ)かなりのレモンをあらかじめ排除できるのであれば、個人保証の廃止が経済厚生を高める可能性は高くなるのである。

5. 逆淘汰と強行法規

前節で、逆淘汰の問題がある場合には、強行法規によって契約に介入することが経済厚生を改善する可能性を明らかにした。本節では、個人保証以外の問題でも、逆淘汰の問題がある場合には強行法規が意味を持つ別の事例を簡単にあげておく。

仮に人種Aと人種Bが同じ社会で共存しているとすると、2つの人種の間には能力の点で全く格差がないが、同じ人種の中でも能力に個人差がある。能力が10の者が半分、20の者が残り半分いるとする。各人がある業種の企業に就職すると、その集団の中で(個人の貢献は第三者にはわからないとしても)自分の能力に対応する生産性を

あげる。各人がこの企業に就職しないで、個人で事業を営むとすると、自分の能力の6割しか発揮できないとする。雇用主が、人種Aには15の給与を、人種Bには10の給与を払って雇用していたとする。

まず人種Bについて考える。生産性の高い者は、個人業を営めば12の利益を、この企業に就職すれば10の利益を得るので、この企業に就職するよりも、個人事業を営むことを選ぶ。生産性の低い者は、個人業を営めば6の利益を、この企業に就職すれば10の利益を得るので、この企業に就職することを選ぶ。この結果この企業で働く者の平均生産性は10となり、結果的に給与は平均生産性に対応したものとなる。¹¹次に人種Aについて考える。能力の高い者も低い者も、個人事業を営むよりもこの企業に就職した方が得なので、どちらのタイプの者もこの募集に応じることになる。この結果この企業で働く者の平均生産性は15となり、結果的に給与は平均生産性に対応したものとなる。

つまり、元々何の差異もない2つの人種の間で、「人種Aには高い給与を、人種Bには低い給与を払う。」という偏見に基づいた格差が生まれてしまうと、結果的にその格差を正当化するような生産性の差が生まれてしまうのである。つまり、生産性の差が差別的な慣習を生むのではなく、差別的な慣習が生産性の差を生んでいるのである。同様のことが男女格差でも起こりえる。「女性には責任ある仕事を任せない。女性は責任感が乏しい者が多いし、仕事を任せても結婚してすぐに仕事を辞めるから。」という慣習のもとでは、責任感があり仕事もできる女性がその企業に定着せず、結果的にこの慣習を正当化させてしまうことになる。この種の慣習の最大の問題点は、慣習に従っている者が「他の均衡もあり得る」ということを認識していない可能性があることである。平等に扱えばそれ相応の生産性を上げ、すべての構成員の厚生が改善される、という可能性にすら気がついていなければ、この種の慣習が自然に廃れるまでには相当な時間を要するこ

¹¹ このように質の悪い供給者だけが生き残ってしまう現象を逆淘汰という。逆淘汰の様々な例に関してはAkerlof (1970) を参照せよ。

とが予想される。このような慣習に関しても、強行法規による介入は正義の観点からだけでなく効率性の観点からも正当化できるのである。¹²

6. 結語

本稿では個人保証の問題を取り上げ、この金融慣行が、貸し手と借り手の間の情報の非対称性の問題への対応の結果として発生していることを明らかにした。さらに、この金融慣行が、借り手のモラルハザードに対応するために生まれたのであれば、個人保証を禁止することは経済厚生を損なうことを明らかにした。しかし、これが逆淘汰の問題に対応して、シグナリングとしての機能を果たしているとすると、個人保証の禁止によって経済厚生が改善する可能性があることを明らかにした。つまり、個人保証を禁止する、という新しいルールが妥当であるか否かは、「なぜ元々の（個人保証を提供するという）ルールが存在していたのか？」という問題を考えることなしには不可能なのである。

情報の非対称性の問題を応用する議論では、それがモラルハザードの議論をしているのか、シグナリングの議論をしているのか不明確であることがある。例えばモラルハザードのモデルを説明した後で、現実の例としてはシグナリングの話をするといった混乱した議論がしばしば見られる。これはモラルハザードとシグナリングを区別する必要があるという基本的なことが、現実の分析の局面では十分に理解されていないことを表しているのかもしれない。

「情報の非対称性は市場の失敗の原因となる」という経済学的な知識と「シグナリングは情報を持つ者から情報を持たない者に情報を間接的に伝える行為であり、結果的に情報のギャップがなくなる」という経済学の別の知識から、「シグナリングは情報の非対称性の問題を解決する望ましい行為である」という結果は生まれてこないことを明らかにした。あるいは「自由意思に基づいた契約は効率的である。」というコースの定理の知識と「選択肢を奪うことは経済効率性を損なう」と

¹² 失業と慣習の関係を議論したAkerlof(1980) の議論も参照せよ。

いう消費者理論の知識から「個人保証を禁止することは経済厚生を損なう」という結論を下すのは誤りであることを明らかにしたりすることはシグナリングには第三者効果があるから、契約の当事者で効率性の議論が完結しないからである。

この例は、経済学の知識を断片的に詰め込み、そこから論理的なつながりを理解せずに表面的な結果を導くことは法創造教育という観点からは弊害がきわめて大きいことを示している。法科大学院における法と経済学の教育では、このような知識の詰め込みではなく、論理的な法創造に資するような、「経済学の断片的な知識」ではなく「経済学的な思考」を伝えることが必要不可欠である。

<参考文献>

[1]Akerlof, G. (1970), “The Market for Lemmons.” *Quarterly Journal of Economics*, vol.84, pp. 488-500.

[2]Akerlof, G. (1980), “A Theory of Social Custom, of Which Unemployment Maybe One Consequence.” *Quarterly Journal of Economics*, vol. 94, pp. 749-775.

[3]Coase, R.H.(1960),“The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*,vol.3, pp. 1-4.

[4]Leland, H. and Pyle, D. (1977), “Informational Asymmetries, Financial Structure, and Financial Intermediation,” *Journal of Finance*, vol. 32, pp. 371-387.

[5]Matsumura, T. and Ryser, M. (1995), “Revelation of Private Information about Unpaid Notes in the Trade Credit Bill System in Japan,” *Journal of Legal Studies*, vol. 24(1), pp.165-187.

[6]Priest, George L. (1977), “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules,” *Journal of Legal Studies*, vol.6 (1), pp. 65-82

[7]Rubin, Paul H. (1977), “Why is the Common Law Efficient?” *Journal of Legal Studies*, vol.

6(1), pp. 51-64

[8]Spence, M. (1973), “Job Market Signaling.” *Quarterly Journal of Economics*, vol.87, pp. 355-374.

[9]泉田成美・西口敏宏・松村敏弘(1998)「建設産業の企業行動」金本良嗣編『日本の建設産業』pp. 33-68. (日本経済新聞社)

[10]藤田友敬・松村敏弘(2002)。「取引前の情報開示と法的ルール」『北大法学論集』52 pp.187-218.

[11]藤田友敬・松村敏弘(2004)。「社会規範の法と経済-その理論的展望」『国家と市場の相互作用におけるソフトロー』第1回シンポジウム報告論文

[12]松村敏弘(1998)「ディスクロージャー問題」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』東大出版会 365-388.

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、あるいは事実在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かと思われる。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。

これらの批判等はずっともである。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か。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『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. Burkharut & 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し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. Burkharut & 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・限界があろう。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、全体像を知ることは困難で、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、しかも明らかになった方略を構造化、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。むろん、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る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。

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、

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）。

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の仮説を提示した。

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、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、日本で交通事故に遭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」に変えるとすると、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。

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、この場合にあっても、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」からも明らかのように、「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られて、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。

日本人の賃金水準	事故がなければ日本で働いてきたか否かの蓋然性にかかわらず、日本で事故に遭い損害を被った 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てもたかもしれない。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ことに異論はない。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、事故に遭わなくても、母国に帰ることもな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、そのような期間ほどの程度が明確でない。 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。

【図1】

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5

70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、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、³¹⁾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が。

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る。

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、創造的な法解釈が可能となる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おう。

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. Burkharut & 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『教育工学への招待』(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]

契約実務における法創造教育

法科大学院における「法律文書作成」の教材：

「契約履行不能と不可抗力条項」から

河村 寛治

明治学院大学法学部

E-mail: kawamura@law.meijigakuin.ac.jp

1. はじめに

1-1.

法科大学院においては、法律実務の面から法を学ぶということの重要性が唱えられているが、この重要性については異論はないであろう。

また、法律実務の世界は、紛争が発生した後の紛争処理のための訴訟実務の側面も存在するが、企業法務実務の世界では、紛争を未然に防ぐという「予防法務実務」がそのほとんどを占めているということから、予防法務が重要とされ、取引から発生するリスク、特に法的問題を抽出するという法的分析力が最も要求されるわけである。

この法的分析力を養成するための最適な方法としては、取引実務をあらゆる面から分析し、分析したリスクに対応する方策を検討することが重要であるとされている。その上で契約書という法律文書に表現する能力を育成することが必要とされ、結果として紛争を未然に防止するという予防法務の目的が達せられるわけである。

もし万一不幸にも紛争となった場合あるいはその紛争が解決せず訴訟等となった場合でも、既にリスク分析および契約書作成の段階で、基本的な法的理論の分析は済んでいることに

なることから、容易に対応することが可能となるわけである。

1-2.

法律実務家は、取引の内容、相手側企業の先行きや将来性など今後起こりうるあらゆる可能性を検討した上で、それぞれの可能性を前提とした法的に効果のある最善の契約条項の交渉などを行うと共に、交渉で得られなかった部分に対応するためのあらゆる方策を予め準備することが求められるわけである。

そのためには、日頃より企業活動あるいは取引実務の典型的な流れを理解し、企業の内容や取引実務を理解できる能力を身に付け、そのうえで必要な法的アドバイスができる能力を身に付けなければならないわけである。

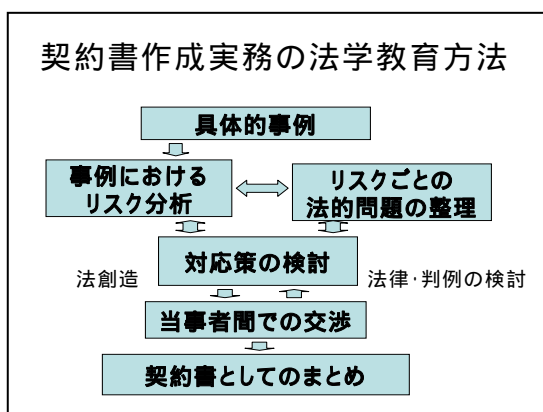
具体的な事例を前提として、取引内容に応じたリスク分析をすべて網羅的に検討できる能力を養うと共に、現実に則した法的執行力のある措置を備えるためには、どのような規定や手続が必要なのか、なども同時に理解することが求められる。

2. 契約実務における法創造とは

2-1.

法律実務家が法の適用による問題解決と紛

争予防のため行っている法的思考過程を分析することにより、既存の法的知識をベースとした創造的思考力の養成のための教育方法を解明することが本研究の中心的課題であることは、すでに昨年度の報告書で述べたとおりであり、その教育方法を図式化すると以下のとおりである。



2-2.

契約書は、当事者間のルールそのものであり、当事者間だけで適用されるルールであるとはいえ、それぞれの当事者は既存の法規も含み、当事者間での交渉および合意などを通じ必要なルールの策定（つまり法創造）を行っている。

法律実務家というものは、その契約の成立に際しての条件の交渉も含め、着地点である合意形成の過程を理解しながら、既存の法の発見を行うことも含め、その適用可能性の検討、さらには新たなルールの創造などを行うことが求められている。

2-3.

かかる法創造機能を有する契約の交渉過程、合意過程、および表現過程、ならびに実行過程のそれぞれについての、当事者それぞれの思考過程を解明し、それを事例として蓄

積することにより、経験的にいろいろなケースに適応する能力が育成されることになるわけである。

これらを効果的に育成するためには、既存の法ルールで解決される問題とルール化されていない部分の有無を分析し、発生する問題の本質を発見し、解明し、さらにその着地点を探るという力が法律実務家には要請されることになる。

これらの過程の結果、新たなルールの必要性が問われ、それを実際に実証できるのが契約書の作成である。したがって、売買などの典型契約であっても、既存の契約文言にとらわれることなる、ここで想定しているリスク分析を行い、結果として契約文言としては同じということになるかもしれないが、それを検証するということが法学教育の目的でもあろう。

以上より、本論文では、具体的な事例を採り上げ、その一部の問題、特に契約の債務不履行（履行不能を主として）の場合における不可抗力条項の機能に関して、いかなる場合に契約責任を免責されるかという視点に立ち、当事者のリスク分析およびリスク回避を図るために、契約条項を作成することを目的とするものである。

この契約条項の作成に関し、その交渉および合意過程ならびに文書作成過程における当事者の論争および着地点を基とした、法創造の構造・過程を解明することにより、それを利用した法創造教育のあり方を探ることを目的とする。

3. 法科大学院では

3-1.

法科大学院で使用する教材は、以上の考え

方に沿い作成されることになるが、ここでは、典型的な商品の売買取引を例としてとりあげることとし、事例も昨年度と同じものを利用する。

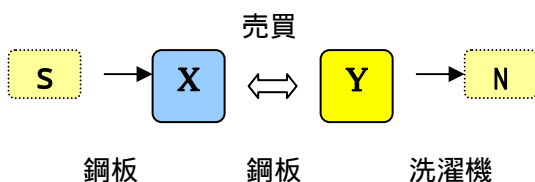
尚、これらを法科大学院において教材として利用する場合は、取引実務やその法的な問題を抽象的および第三者的に学ぶのではなく、学生が取引当事者のどちらかの立場を選択し、お互いに、それぞれの立場から発生するリスクの分析を行い、それに対応する条項などを検討し、さらにはそれらを交渉することにより、それぞれの有利・不利な点を議論し、契約文言の意義や法律条文の意味合いなどを理解するという方法をとることとなる。

4. 設定事例

この設定事例は「継続的売買取引」である。

【事例】

大手家電メーカー（N社）向けに継続的に納入している「A型洗濯機」の中堅製造会社（Y社）向けに「鋼板」を販売する取引を対象とする。売主は中堅の鋼板専門商社（X社）とする。売主（X社）はそれを大手鉄鋼メーカー（S社）から購入して販売するというものであり、取引は継続することを前提としている。



*この事例は、継続的な取引としては、実際にも典型的なものであり、取引当事者だけでなく、関連取引の影響をも検討しなければならないという状況を設定しており、以前利用したものと同等である。

* 同じ事例を利用することにより、リスクの分析を改めて行う必要も省力化でき、より本質的な議論ができるというメリットがある。また、実践的にはより応用力が養成される環境を提供することにもなる。

5. リスク分析と法的根拠の整理

5-1. 総論：リスク分析の重要性

取引から発生する可能性のあるリスクを分析することが重要であることはすでに説明したとおりである。特に予防法務の観点からは、これを経ることで、法的問題の分析が可能となり、より効果的なリスク回避策が見出されることになる。

そのためにも、取引当事者それぞれ（特にX社とY社）について発生するリスクの分析を行うことがまず重要となる。

ここでは、リスクのなかでも不可抗力などの原因により発生する履行不能の問題に焦点を当てて、それを法的にはどのように整理したらよいのか、また、それぞれの取引当事者にとって、どのようなリスク回避策があるのかを検討することが目的である。

民法では、不可抗力による履行不能は、債務不履行の問題として扱われているが、債務不履行における帰責事由の有無と不可抗力との関係は、必ずしも十分に解釈が確立しているとはいえない分野である。

一般的には、不可抗力だから当然に契約の履行責任を免除されうるという考え方が通用しているわけである。特に日本の売買契約事例を見ても、必ずしも不可抗力により発生した契約不履行について、その対応策も含め明確に規定しているものはそれほど多くはない。これは一般的な考え方に拠っているのか、法的な

根拠があるのかということを検討しておくことは重要な問題である。

何を不可抗力事由とするか、不可抗力の場合にどのような条件で免責、つまり契約の履行責任から免除されるのかは、実際にも個別の契約のなかで取決めるか、あるいは現実には契約上十分に検討しておかなければならない問題であるにもかかわらず、それが十分に行われているかどうかという点で、重要な問題である。

これは後述するが、欧米の契約事例と比較するとその規定の内容が大きく異なっている部分であるといえる。

以下、取引リスクと法的リスクをそれぞれ分析した上で、現実のリスク回避策を検討することとする。

5-2. 取引リスク

1) 不可抗力とは

まずは、不可抗力とは何かという問題を考える。一般的には、不可抗力とは、火災、洪水、地震、暴風雨、暴動、内乱、同盟罷業、工場閉鎖、輸出禁止、貿易制限、船舶徴用その他これに類する突発的な非常事態が生じ、売主にとって、ふつう程度の注意や予防方法ではその損害を防止できないもの、あるいはいずれの当事者の責めにも帰すことのできない自然的又は人為的な現象をいう、とされている。

不可抗力事由の典型的なものは、上記で述べているように地震などの自然災害(天災)、戦争やストライキなどの人災、輸出禁止など法令の改廃等権力機関による行為などに分類することができる。

しかし、上記のように列挙しているような場合

には、列挙されていない事態が発生した場合、それが不可抗力にあたるかどうか議論となるという問題がある。

コンピュータの2000年問題、最近のテロ事件や SARS や BSE などは、果たしてどうなるのであろうか。テロなどは、戦争などと同列に考えればいいのかもしいが、2000年問題は十分に予想され警告された問題であるので、対策がとれる問題であり、また SARS や BSE などの疫病の場合には、十分に注意すれば避けられる事態であるともいえるので、そこには帰責事由があるといえる場合もあり、そうでない場合もあるので、必ずしも明確であるとはいえない事態でもある。

したがって、一般的にはどのような事由が不可抗力に該当するのか明確ではないので、契約上できるかぎり具体的に特定し、列記しておくべきであるとされている。これが欧米の契約では、特に顕著であるといえよう。欧米においても、英米法系の国々と大陸法系の国々とは、規定の仕方や、対応方法が異なる。ここでは、まず日本での問題を考え、その後に欧米での考え方を参考に説明することとする。

5-3. 不可抗力事由によるリスク分析

このように不可抗力には様々なものが含まれるわけであるが、本事例の取引においては、地震やテロなどを典型的な不可抗力事由として、それぞれの当事者において負担することのあるリスクにはどのようなものがあるのかを検証することとする。

(Y社にとって)

継続的売買取引の買主であるY社にとっては、売主であるX社の側で発生する契約不履行の原因が、X社の責めに帰すものであるか、

あるいはそうでないかという観点から検討する。

まず X 社の責めに帰さない場合として検討すべきものとして以下が考えられる。

S社において発生する事由

- 1)地震、テロ、ストライキなどによる S 社工場の操業停止
- 2)SARS などによる S 社工場の操業停止
- 3)S 社における原料・材料等の調達不能

X社の管理下において発生する引渡不能

- 1)地震やストライキなどによる輸送機関のマヒやX社自身の機能停止
- 2)地震や火災などによる輸送途上の商品の滅失やX社の機能停止

(X社にとって)

売主であるX社にとっては、買主Y社側で発生する事由による契約の履行不能の場合で、Y社の責めに帰すことのできない場合のリスク分析をする。

Y社側で発生する事由

- 1)地震、テロやストライキによるY社工場の操業停止あるいはY社の機能停止
- 2)地震や火災等による輸送途上における商品の滅失やY社の機能停止
- 3)N社側で発生した事由によるY社の商品引取不能

以上のようなリスク分析の結果、これらのそれぞれの事由が発生した場合に、当事者として相手方の不可抗力だとは認められないもの、あるいは不可抗力と認めうるものが存在するわけであるが、現実問題として、契約上相手方

の履行責任を免除してもいいものかどうかという観点での検討もしなければならない。

以下、まずは法的にはどのような考え方を採用しているかという問題を検討する。

5-4. 法的リスク分析

1) 不可抗力による免責

日本では、不可抗力による場合には、「当事者の責めに帰すべからざる事由」ということで、一般的に契約責任から免責されるとされている。

しかし、不可抗力により免責だとは条文では明確に規定されておらず、415条の解釈からも、当事者に帰責事由がない場合には「履行不能」が主張されないとしているだけである。このことは、債務不履行の一部である「履行遅滞」や「不完全履行」に適用されるかどうかに関しては、当然に適用されると解説されている場合もあるが、必ずしも明確ではない。

一方、貿易取引など国際的な取引においては、不可抗力による場合は、売主が免責となるには、原則として不可抗力約款(Force Majeure Clause)を設けておくべきであるとされている。

これは、英米契約法では、過失責任の原則はとられておらず、たとえ不可抗力事由が発生したとしても、契約上の義務は厳格に履行しなければならないとする考え方がとられているために、契約の履行責任を免責するには、契約上明確に不履行の当事者を救済するという趣旨の合意がなければならないとする考え方である。

また参考までに、国連の国際物品売買契約に関する条約(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG、ウィーン売買条約とも呼ばれて

いる)が、日本および英国を除く主要国62カ国で批准されているが、この CISG においても、第79条で「不履行が自らの制御を越えた障害に起因すること、その障害を契約締結時に考慮に入れること、または障害もしくはその結果を回避あるいは克服することが妥当に期待され得なかったことを立証したならば、不履行について責を負わない。」などと規定している。

また、UNIDROIT 国際商事契約原則によれば、第7.1.7条(不可抗力)で、「債務者は、その不履行が自己の支配を越えた障害に起因するものであることを証明し、かつ、その障害を契約締結時に考慮しておくこと、またはその障害もしくはその結果を回避し、もしくは克服することが合理的にみて期待し得るものでなかったことを証明したときは、不履行の責任を免れる。」規定している。

これらの違いはどこからきているのであろうか？

2) 判例

日本の判例ではどのように判断されているかを考えてみると、地震などの自然災害による場合でも、同じ地域で建物が倒壊しているところと、そうでないところがある場合には、地震だからといってすべての場合に不可抗力が適用されて契約上の責任が免責されるわけではない。

阪神大震災の際に、ホテルが倒壊し、倒壊したホテルの下敷きになり死亡した宿泊客について、ホテル側に建設上の瑕疵があったとして、不可抗力の抗弁が認められなかった事件も、ある(神戸地裁平成10年6月16日判決、判例タイムス1009号207ページ)。

この事件では、増改築を繰り返したホテルが倒壊したのは、ホテルの建設上の瑕疵の問題

であり、近隣の同様の建物が倒壊していない事実をみると、不可抗力の抗弁は認められないというものである。

このように日本のような地震国においては、地震により工場が倒壊し、操業停止状態となったといっても、当然に不可抗力だとして契約責任を免責されると断定するのはリスクがあるといえる。このような場合には、工場自体が耐震構造となっていたかどうかなど、工場の操業者が十分な注意義務を果たしていたかどうかという点も考慮されることになるといえるであろう。

また、前述のリスク分析をしたように、SARSなどが原因の場合には、これも不可抗力の抗弁が自動的に認められるとされるわけではなく、SARSの発生防止に対して十分な注意義務を果たしたかどうか、などが検討されることになる。これは、最近認められるようになってきた安全配慮義務などが重要な要素となってきたともいえるのではないだろうか。

3) 民法の基本的考え方

このように地震やSARSなど不可抗力の問題は、前述のとおり、民法415条により、その帰責事由の有無により、対応が異なるとされている。

415条 債務者が債務の本旨に従いたる履行を為さざるときは、債権者はその損害の賠償を請求することを得。債務者の責に帰すべき事由によりて履行を為すこと能わざるに至りたるときまた同じ。

この415条によれば、契約上履行不能により、損害賠償責任を負担するのは、債務者に帰責事由が必要であるとされている。つまり、契約上の責任を負担するためには故意または

過失が前提となるという「過失責任主義」の基本原理と同じく、債務不履行による損害賠償責任一般に帰責事由が要件となるとされている。

言いかえれば、帰責事由がない場合には、損害賠償責任を負担しなくてもよいということになる。判例では、履行不能の場合も債務者が「債務者の責に帰すべき事由」によらないことの立証責任を負担すると解されている(大審院判例大正14年2月27日民集4.3.97判民15)。

では、地震やストライキなどの不可抗力の場合に、取引当事者は、帰責事由(過失など)がないとして、自動的に契約責任を免責されることになるのかどうかという問題がある。先に述べた判例にもあるように、必ずしもそうではないといえる。

法律上は、不可抗力とはなにかを定義しておらず、帰責事由がないということは無過失ということがいえるわけであるが、しかし、この両者の関係は必ずしも明確ではない。415条において、履行不能の場合は、帰責事由が必要であるとされているだけであり、不可抗力ではない場合でも、帰責事由がないとされる場合も考えられる。つまり無過失と不可抗力は同じではないとする学説もある。

尚、419条2項においては、金銭債務に関しては、債務者は不可抗力をもって不履行の抗弁とすることができないとされている。これは相当の利息を支払えば、金銭は容易に入手することができるので、履行不能は考えられない、ということからである。

この金銭債務に関する特則は、国際的にも一般的に認められている考え方であり、契約上は別段規定しておかなくても適用できると考えることができる。ただし、国によってはこのよう

な考え方を適用していないところもあるので、国際契約の場合には十分に注意が必要である。

以上から、総合して考えると、一般的にいわれているように、不可抗力が原因で債務不履行に陥った場合、契約責任が自動的に免除されるという考え方に依存して、契約上、不可抗力免責について特に取決めをしないということには、日本においても大きな法的リスクが伴うことがあるということになる。

6. 具体的契約書の作成のための整理

以上のように法的論拠を分析した上で、次段階では、契約書の一般的様式に従って、分析したリスクおよびその対応策を検討しながら、規定すべき条項を検討していくことになる。

次段階では、契約書の一般的様式に従って、分析したリスクおよびその対応策を検討しながら、規定すべき条項を検討していくことになる。

{ 6 . 不可抗力 }

- 不可抗力とは？
- 契約履行ができない場合の対応は？
- 誰がリスクを負担するのか？

1) 不可抗力とは

以上のように法的論拠を分析した結果、日本の場合においても、当事者がふつう程度の注意や予防方法ではその損害を防止できないもの、あるいはいずれの当事者の責めにも帰すことのできない自然的又は人為的な現象などの不可抗力の場合には、債務不履行や不法行為による責任を免れると解されており、義務

の免除や軽減を受ける場合もあるとされている。しかし、どのような事由が不可抗力であるのか、それらの事由すべてについて責任を免れるとされるのかは、必ずしも明確ではなく、法律や過去の判例の解釈に頼るといことは、発生する可能性のあるリスクに対して予防法務の観点からは十分であるとはいえない。

そこで実務的には、不可抗力事由として従来から考えられている事由に加え、それぞれの当事者として、発生した場合に契約上の責任から免れたいと考えるような事由を、契約上不可抗力事由として取決めることにより、万一これらの事由が発生した場合には、契約上の責任から免れることとすべく、契約上で取決めることとされているわけである。

2) 当事者毎の対応策

まず、売主である X 社としては、できるかぎり自らが契約上の責任を免除されるように、不可抗力の事由を取決めることとなる。一般的な不可抗力事由と同時に、前述で分析したような具体的に想定される事由を検討することになる。これらそれぞれの事由において当事者として発生するリスクを分析する場合には、相手方との間で交渉の結果、リスクを負担することになる部分とリスクが転嫁できた部分とを明確に認識しておくことが重要となる。

X社の管理下において発生する引渡不能

- (1) 地震やストライキなどによる輸送機関のマヒやX社自身の機能停止
- (2) 地震や火災などによる輸送途上の商品の滅失やX社の機能停止

以上のような事由は、場合によっては売主である X 社として、その責に帰すべき事由、つま

り契約責任を免除されえない事由とされる場合もあるので、これらは当然に契約交渉上の交渉項目となるものである。しかし、交渉の結果契約上で規定できれば、万一の場合には、契約上の義務から免れることが可能となるわけである。

S社において発生する事由

- (1) 地震、テロ、ストライキなどによるS社工場の操業停止
- (2) SARSなどによるS社工場の操業停止
- (3) S社における原料・材料等の調達不能

以上のようなX社にとって、供給元であるS社において発生するような事由の場合には、通常は、本事例で対象となっている商品である鋼板が、S社以外でも製造されているような鋼板である場合には、法的には必ずしもS社工場が操業停止になったからといって、X社としては、Y社に対して、契約上の責任を免除されるということとならないとされている。これは他のメーカーから調達できることとされるからである。

したがって、X社としては、S社において発生するような事由により、自らの契約上の義務の履行ができない場合には、Y社に対して、契約上の義務も免除してもらうような取決めとすることにより、リスクを回避することができることになるわけである。そのためできるかぎり多くの場合を想定して、契約上の義務の履行を免れうるような事由を列記して取決めることが要求されるわけである。明確に取決めができない場合には、X社としては、S社との契約上で、S社に対して契約責任を追及することができる場合と、S社との間においても、不可抗力事由で契約責任を免除されうる場合とがあるのはい

うまでもない。

3) Y社において発生する事由

- (1) 地震、テロやストライキによるY社工場の操業停止あるいはY社の機能停止
- (2) 地震や火災等による輸送途上における商品の滅失やY社の機能停止
- (3) N社側で発生した事由によるY社の商品引取不能

以上は、買主側であるY社において発生する不可抗力の場合であるが、一般的には、鋼板の受領が不可抗力により困難であるという事態となることは輸送過程における場合を除き少なく、Y社の工場が機能停止に陥ったとしても、Y社としては購入して受領した鋼板の利用ができないというだけであり、不可抗力で契約責任を免れることは非常に難しいといえる問題であろう。

しかし、買主であるY社としては、契約上取決めが可能であるならば、このような場合でも契約責任を免れる旨を取決めておくことは、万 oneの場合に有効に活用できるという場合も考えられるので、規定は重要であるといえよう。

4) 契約解除による対応

不可抗力の場合、例えば、民法415条の規定によれば、損害賠償義務の有無の問題とされているが、実務的には、これらの不可抗力事由が相当期間継続するような場合には、売主であるX社あるいは買主であるY社のいずれも、不可抗力事由が継続している間、鋼板の供給あるいは調達を待つということも実際的ではなく、このような事由が一定期間継続するような場合には、契約解除することができる旨の規定をおくことが望ましい場合もある。

5) その他対応

上記のように不可抗力事由が一定期間発生した場合に、契約解除により、契約責任から免れることができる場合は、それに対応できることとなるが、輸送途上における商品の滅失などの場合には、売主としては商品の引渡し義務から免除され、また、買主としても商品の引取義務から免れることとなり、これは危険負担の問題として考えなければならないわけである。

つまり、商品の危険が売主から買主に何時移転しているかにより、商品代を誰が負担するかが決定されるという問題となる。

5. 具体的契約条項の作成

今までのリスクおよび法的問題の分析の結果として、契約文言の検討をおこなうことになる。

特に、本件事例のような取引基本契約といわれるものについては、いずれかの当事者があらかじめ用意した標準的な取引基本契約書が準備されていることが多い。

しかし、通常は、当事者間での信頼関係を基礎として行われる長期間継続する取引関係であることから、このような標準的な取引基本契約書においては、一方的な規定をすることは稀であり、通常は、双方のバランスが取れるような規定とすべく、注意していることが多い。たとえ、一方的な規定があったとしても、当事者間で十分な交渉が行われることが多いといえよう。

以下では、比較的簡単な典型的な契約文言を例示するが、これですべてをカバーするものではない。どこまでこの規定でカバーするかを決めた上で、それに適した条項を規定す

ることになる。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先の債務不履行、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。なお、この場合、個別売買契約は履行不能の部分について当然に消滅する。

この規定は、比較的簡単なものであり、どのような事由が不可抗力事由であるかということ为例示的に定めたものであり、それらの事由により、履行遅滞あるいは履行不能となった場合には、責任を負わないことを規定している。

前述のように取引リスクの分析の結果、売主である X 社として、鋼板の製造メーカーである S 社側での不可抗力事由までカバーしようとするのであれば、以下のような文言の追加が必要となるであろう。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先である S 社の工場の操業停止や製造中止、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。なお、この場合、個別売買契約は履行不能の部分について当然に消滅する。

また上記の事例で、履行不能の場合には、その部分の契約は当然に消滅するとしている。

これに対して、前述のとおり、不可抗力事由が一定期間継続し、履行遅滞や履行不能状態が続くような場合には、契約を終了させるという考え方も存在する。

天災地変、戦争、暴動、内乱、その他不可抗力、法令の制定・改廃、公権力による命令・処分、ストライキなどの労働争議、輸送機関の事故、仕入先の債務不履行、その他当事者の一方の責に帰すことができない事由による個別売買契約の全部または一部の履行遅滞もしくは履行不能については、当該当事者はその責任を負わないものとする。ただし、かかる事由が 90 日以上継続した場合は、当事者のいずれか一方は、相手方に書面で通知することにより当該個別売買契約および未履行の個別売買契約の全部または一部を、損害賠償義務を負担することなく解除することができる。

8. まとめ

8-1.

このように具体的事例を提示し、各当事者がそれぞれ売主あるいは買主の立場からみて自己が負担するリスクの分析を行い、そのリスクの回避あるいは転化をどのように行うかという戦略をたて、それを実行していく過程において、つまり契約書の立案、分析、交渉や合意などを行う過程において、法律条文の趣旨を学び、条文ではカバーされていない部分についての

法的推論を行い、当事者のリスクをカバーするルールを創造していくことを実践することになる。

このような実践で重要なことは、本事例にあるようにX社またはY社それぞれの立場にたち、自らのポジションをベースに戦略を構築することで、より具体的な問題点が理解できるわけであり、交渉にあたっては自己のリスクを守ることにつながるような契約交渉ができるわけである。

具体的事例をあげて学習材料を提供することは非常に重要であるが、一方では、具体性をより現実の実務に近づけるかという点では、当事者それぞれの事例における考え方があるので、これら特定の当事者の立場に立つことが重要なこととなる。

8-2.

このようにして出来上がった契約書の各条項というものは、当事者間に限定されるとはいえ、法の創造そのものであると言える。

このような事例に沿った訓練を、例えば、民法の典型的類型ごとに行うことにより典型契約についての法的ルールの基本を理解する訓練となり、かつ違反に対する法的効果やその対応などの基本的な考え方の理解を修得することができることになる。

具体的な事例を利用するメリットは、一般化された法律の条文を全般的に理解するというよりは、具体的な問題意識を持って学ぶことにより不要なものの排除ができ、限定された問題に特化して検討ができるという点にあるといえよう。

弁護士事務所や企業法務では、常にこのような訓練を経て、法的思考力を高める教育を行っており、繰り返し行われる訓練により、本

書で行ってきたような法的リスクの分析訓練も、このようにいつも行う必要がなく、その案件に特有の事例におけるリスクの分析だけで、契約書が作成できることになるわけである。結果として、実務経験を一定の期間経たものは、法務相談に望んだときに、問題の解決の提示も含めた応用力のある対応が迅速に行えるようになるわけである。

尚、最後に、売買契約の条項毎のチェック・ポイントを掲げることとしたい。

今後は更なる具体的な事例を挙げ、法創造教育という観点からの教材の作成ということ念頭におきながら本研究の継続をすることとしたい。

以上

<参考文献>

- [1] 滝川宣信著「取引基本契約書の作成と審査の実務」(民事法研究会 平成12年8月7日)
- [2] 内田 貴著「民法 II(債権各論)」・「民法III(債権総論ほか)」(東京大学出版会 平成9年7月7日)
- [3] 潮見佳男著「契約各論 Ⅰ」(信山社 平成14年1月15日)
- [4] 大江 忠著「要件事実民法第2版(中)」(第一法規出版 平成14年5月20日)
- [5] 佐藤孝幸著「実務契約法講義」(民事法研究会 平成15年11月13日)

創造的取引行為

合法と違法の接点にあるもの

坂本正光

明治学院大学法務職研究科教授

E-mail : sakamoto@law.meijigakuin.ac.jp

筆者の同意なく本稿の無断転載・使用など一切の利用行為を禁じます

1 取引行為の創意工夫 - 単純なコンプライアンスではない工夫

1-1. 創意工夫した取引が違法性を帯びるかどうか現時点ではかなり重要である

経済の冷え込みが、まだかなり厳しい。

2月20日発表の経済短観では、瞬間風速で7パーセント以上というGDPの成長率があるというが、これも、小泉内閣の人気取りで、数字のマジックかと猜疑心を起こさせる現状がある。

この現状は、本稿の筆者が日常的に接触している、ハイテクベンチャー企業家にとっても憂うべきものであって、すでに報道もされているが、S航空のM & Aに30億の個人資産を無造作に投げ出した日本人企業家と、その後のハッピング、そして顛末はなにがポイントなのか。これらが暗示しているのは、彼らの営業活動には潤沢な資金があるようにみえて、その真実は、非常に危ういものになっている。

つまり、彼らの創造的なビジネス活動の中心には、「倫理性」があり、それが強く問われる状況にあるのではないかと。

大企業のサラリーマンは別だが、いまの独立した企業家たちは、経済が混乱して流動化

しているために、これまでの取引のパターンを踏襲することができない。となりの庭をみて同じように芝を刈ることができない現実がある。だから、大中小の規模を問わず、かなり危険な冒險的取引を「創造」せざるを得ないが、そこには、常に、落とし穴が存在する。

たとえば、農水省が、アメリカ合衆国にBSE(狂牛病)が発生したと連絡を受けて、法令に基づいて輸入禁止措置を発動したその日に、米国の関税当局を通過していた米国コロラド州産の牛肉は、禁止を免れている。では、現物がシアトルのコンテナ積みの状態で、はるか禁止措置の以前から、配船の関係から待機させられていた場合はどうか。あるいは、船積み書類と原産地証明の発行が遅れていた場合はどうなのだろうか。

本稿執筆時点では、中国関連のコンテナ船の需要が高まった結果として、NVOCCなどの配船もかなり緊迫してきており、荷主にはある程度の危機感があるうえに、こんどの狂牛病騒ぎで、「ある程度のマニピュレートができないか」という要望が、殺到したという事情がある。

ということは、うまくやったビジネスマンとそうでないビジネスマンがいたようだ。

たとえば、筆者のある友人は、テキサス州が

らコンテナに一杯詰め込んだ牛のホルモン(内臓など)を、横浜に送るビジネスをしており、寸前のことで数千万円の損害を被るところであったと語っていた。

日本の行政法令には、不文の行政指導が書き込まれていることが大部分だが、アメリカの輸出に関する法令は、現時点ではインターネットに掲載されておりだれでも読むことが理屈の上では可能である。だから無知のままにおかれることはなく、「法の不知は宥恕せず」というようなことはありえない。だから、その友人は、フェデラル・レジスターに明快に書かれていたこともラッキーだったと語っていた。

もちろん、有望な取引のスキームは、現時点では、契約法や不法行為法はもちろんのこと、ビジネス方法に関する特許やソフトウェアの特許としても、その一部分は確実に法的に保護されるが、その保護が実効性を発揮するまでには時間がかかりすぎるうえに、国際的なスキームの設定では、その特別な専門分野に、適切な知識をもった専門家が少ないことと、ひとたび問題が発生した場合の、裁判はもとより仲裁にかかる莫大な費用を考えると、当初から灰色に見える冒険的取引に踏み出して、リスクを負うことについては、冒険的なビジネスマンは、二の足を踏まざるを得ないのが現実である。

したがって、ビジネススキームは秘匿されなければならない、その秘匿には、彼らベンチャー企業家がかつとも腐心することである。しかし、情報はヒューマンな側面をもつから、こっそりと模倣され、場合によっては、窃取されることにもなりかねない。

これはビジネス倫理の問題であると同時に、刑事責任に直結する合法と違法の接点の問題でもある。

1-2. 創意工夫した取引行為を囲い込む刑事法令の理不尽さ

たとえば通称「ネズミ講」といわれる利益を取引のチェーンに流して「親」が「子供」や「孫」から莫大な利得を吸い上げるスキームは、無限連鎖禁止法によって刑事責任を問われる犯罪行為ということになっているが、その合法性と違法性をどのように明快に割り切るかは、専門の弁護士にとってもかなり難しい。

本稿の筆者は、専門商社や業界の団体がリテインしているアメリカの巨大法律事務所の弁護士が来日した折には、ときたま、特別の法律問題について、詳細なコメントを求めることがあるが、冒険的取引についての答えは、常に、灰色である。つまり前例がないのである。この部分はしたがって、法の問題ではなくビジネスマターであり、「倫理」であり、決断とリスクの問題であるといえよう。ただし、利益はきわめて大きく、仄聞するだけでも円貨換算で数百億という場合もあったという。

わかりやすいので、「ネズミ講」をもう一度例にとると、現実にビジネススキームとして「ネズミ講」禁止に関連するかにみえるのは、たとえば、協同組合形式のビジネススキームがある。

協同組合形式のビジネススキームは、現在いろいろな分野で応用が試みられており、イラク戦争支援のNPOの資金集めから、冠婚葬祭、一流ホテルの会員サービスなど、非常に雑多なものがここにある。

そうすると、なにが違法でなにが合法かが問題となるのだが、その判断は、最終的には、公訴権を独占している検察官の独断と偏見によると言わざるを得ない側面がある。

マックス・ウエーバーの「動態としての違法観念」そのものが、ここにある。

わかりやすくいえば、ベンチャー企業家の

立場からは、違法性¹とは、形式的違法(formative illegality)の意味にも、実質的違法(substantive illegality)の意味にも、理解できると、考えておく必要があるだろうということである。

形式的違法とは、現に存在する法律に違反することである。ここでは、実質的な違法性、つまり、社会文化的な規範によってこの行為は悪いことだという「客観的な評価」を下すことは、問題にならない。

すなわち、形式的違法とは、「法律が禁止しているから悪い」ということであり、同義語を反復しているかのごとき外見(「悪いから悪

¹木村亀二「犯罪論の新構造」(上)(下)(1972年 有斐閣)は、現代刑法学の通説的立場を占めている構成要件の理論、特に、客観的構成要件の理論と主観的構成要件の理論を止揚して、客観的違法性を抽出する作業を行っている。すべての実務家と通説を維持する研究者の見解は、このような形式的発想に由来していることを思えば、走狗としての法律学が、恐るべき思考の伝播を容易ならしめた好例＝悪例といわねばならない。

なお、主観的違法については、宮本英脩「刑法大綱」1923を参照されたい。前構成要件的な意味での主観的違法の考え(＝義務違反的な意思活動に違法の根拠を求める「違法行為は能動的意思ノ表動タルコト」)は、戦後、客観化された構成要件論と客観的違法性(＝客観的に法に反する行為を違法とする)の理論が主流となるにつれて、学問的に未成熟かつ陳腐なものであると蔑視されてきたが、60年代の後半に、故藤木英雄博士によって、違法性にも段階があるとする、可罰的違法性の理論として再構成された。

この主観的違法論は、経営者の判断にまで踏み込んで、現代ビジネスの動態を考察するうえできわめて有益で、ノーベル経済学賞を受賞したセンの、主観化要素を陽表面化して組み込んだ、産業組織論の発想の根底にあるものと、一脈相通じるものがある。

い)をもつのだが、その実質は、現場のビジネスマンからは、「お上には、いわせておこう。われわれは、別のことをやるからいいや」という、法的コンプライアンスの軽視を生む源泉であることに注意しよう。

これが極端になると、唯一の立法機関である国会が、一般の人々にとって違法ではない行為類型を、法律によって違法なものとしてしまうことがあることになるから、一晩明ければ、これまで合法だったある行為が、違法性を帯びてしまうことになりかねない。

このような事態が起こった場合には、周知徹底が十分でなければ、そして可罰化の根拠が明快でなければ、その悪法に対しての反抗権＝抵抗権のようなものが、法律を適用される側に存在すると考えられる場合すらある。

これは、創造的ビジネスマンに、法を破る自由があるかというクラシックなビジネススクールの課題でもあるし、悪法も法であるから遵守義務があるのかという古からの法哲学の問題にも直結している周知の論点で、まあ、このシンポの話題としては、あまりふさわしくないかなという感覚もある。

それに対して、実質的違法性とは、たとえば正当の理由なく人を殺す行為は、だれでも悪いと思うわけであるから、そのような実質化した内実をもつ法に触れる行為を、問題とする立場である。

しかし、創造的ビジネス行為について、仮に日本中のまっとうな判断能力をもった大人がその解説を読むこと・聞くことはできるとしても、なにか断定的に「わかる」とは言い難い。

というのは、一般の人々すべてに違和感なく「これは悪い＝違法だという行為」といえる場合は、それほど多くないというか、まったくないからである。

典型的なビジネス活動に焦点をしばってみよう。たとえば、賄賂。

日本法のもとでは、職務の執行の対価として金銭などの経済的価値のあるものを授受することは、相手方が公務員であれば、職務の廉潔性を阻害するものとして贈賄罪および収賄罪として違法であり刑事法に触れる行為となるが、相手方がたとえば取引親会社の担当者であれば、単なるリピートのやり取りと同じであるから、現行法上は、彼が「みなし公務員」でないかぎり、刑法上の違法性を帯びないことになる。つまり、可罰性をもたない。

しかし、この帰結は、実質的に考えると、おかしいのではないか。

国立大学付属の病院に勤務する国家公務員である医師が、たとえば最新鋭の手術機器の導入に際して、業者から経済的対価をもらったとすれば、それは賄賂性を帯びるが、私立大学付属の病院に勤務する医師が、同様のことを行ったとしても、内部規律違反あるいは背任などに問われることはあっても、収賄罪に問われることはないということは、同じ内実を持つ行為について、ある種の規範的立場、国家観、ビジネス観、を前提としてはいないか。

したがって、「ビジネスの倫理性」 - 合法的なビジネスと違法なビジネス(Ethics of Business legality and illegality of doing business)の話題を厳密に議論するためには、おそらくは、「ビジネス」、「活動」、「倫理」などを自己定義しながら進める必要があるだろう。クリエイティブに法令を遵守しつつビジネスで儲けるといふ、抽象的な問題の背後には、創造性に関連するバラエティに富んだ含意を、それぞれの個人に想起させるからである。

しかし自己定義をしてすすむ前に、主観的な「倫理性」も、個人の経験からくる複雑怪奇

な問題を、それぞれの脳裏に含意せしめることを、ここで再確認しなければならない。

すなわち、思わぬ守備範囲外 - コンベンショナルな学術研究の範囲外 - の問題に、大きく深入りすることにもなりかねないことに、注意が必要である。

創造的な取引を腑分けするには、血なまぐさく、かつ、重い話題に、われわれは、深入りすることになるのである。

1-3.総務関係の問題点 - これは常識ですので誤解ないようにお願いします

総務関係ですぐに思いつくこととしては、たとえば、「総会屋」の問題がある。

安田弁護士の起訴無罪事件などが暗示しているように、顧問弁護士との関係も、問題がある場合が存在するから、「総会屋」とは何かの定義それ自体が紛糾の元であることを承知であえてこの単語を使うのだが、それにしても、いまだに、純化されているのかどうか、疑わしいのかもしれない。

あるいは、ゴルフ場認可や、公共事業斡旋の口利き - それはさまざまの形態をとるから刑事構成要件の枠を超えていることも多い - に、消費税分(つまり総額の5%)の手数料が必要とされたなど、いろいろな風聞は、絶えることはない。

これらの風聞は、ビジネス戦争 = 情報戦争の一環としても理解できる。鈴木宗男氏(元衆議院議員)逮捕に関連して、商社の関係者を中心に巷間流通していた情報も、類型的な意味において、「創造性」のある種の定型を示していたと思われる。

現時点でロシアが占有している北方四島に公共事業を起こすということは、もちろん、鈴木氏が主張しているように、ほんとは創造性のある

るビジネススキームであったのであろう。だからこれを「腐敗」であるとする論難は、政治的陰謀であるとも理解できようし、鈴木氏がいなければ同氏を選出してきた北海道の選挙区はますますの過疎化に悩んだであろうから、鈴木氏に対する警察と検察の攻撃は、刑事構成要件の該当性の外皮をまとっての、ほんとうのところは、政治と経済の融合現象の一例であるとも評価できよう。

1-4. 大きなチェーンの輪の部品のひとつだけ、つまり、単一のビジネスディールだけを取り出して分析するこれまでの学問的方法の限界

つまり、部分品だけを判断しても、合法違法は明らかにならないし、創造性を解明することにもならない。

これは、ヨーロッパ経由のわが国の高等教育の惰性に満ちた思考、そして、それを無意識に受け容れている既成の学問遂行者らの、墮落であり、無意識の危機であり、コンベンショナルなアカデミック・ラミフィケーション (academic ramification) の危機である。

われらの、学問活動は、対応できない側面があることを示しているわけだが、この文脈で、たとえば、経団連の、2002年10月に発生した牛肉の産地証明の偽装事件に関して「企業行動憲章」を改正した行為をとりあげてもよい。

原産地証明を偽造したのは、四大商社のひとつであったから、憲章の改正を行ったのかもしれないが、経団連は、消費者金融 (= サラキン) ビジネスが、大手の旧財閥系銀行でも行われていることを考え、先発大手各社の参加を認めると同時に、定款を改正して、会員資格停止や除名処分を盛り込んだと報道されている。

日本ビジネスの代表的な統括団体の、この

ような表面的なコンプライアンスへの行動提起は、会員資格の剥奪「以上」の制裁が古からのメンバーにも必要な局面を、いっそう巧みに覆い隠すことにならないだろうか。

より根源的には、「創造的取引」と「ばったや的取引」の線引きを、非常に曖昧なものにしないだろうか。

より具体的にいっておけば、老舗のメンバーのビジネス面での道徳的優位性を、制度として打ち出そうとしたのではなかろうか。

国際ビジネスの側面からも、ひとつありふれた話題を取り出して考えると、近時の商社実務では必ず直面することであるが、政府開発援助 (ODA) による政府からの資金の流通をさばく「ブローカー」へのコミッションの問題がある。この背後には、日本ビジネスにおけるアンタイドの政府補助金への、あからさまな不満があると思う。中国関係ではすでに活発なコミッションビジネスを展開しており、有名なコンサルタントも多い。一般的には、ODAの資金のチェーンには、定型的なパターンがあるといわれており、国際ビジネスは、決してキンドルバーガー先生の国際経済の教科書のように動いておらず、つまりは、どのような側面から理解されなければならないかを、はっきりと示しているのではないだろうか。非難しているのではない。創造的な側面をより重視すべきであるということだ。たとえば、増値税 (一種の売り上げ税・消費税) を合法的に回避する方法の案出など。

1-5. 日を当てる学問的作業

これらは、第一線で取引をネゴする者らにとっては、国際ビジネスの現場の「ノウハウ」でこそあれ、商売の現場でただちに消え去り、小説やマンガ以外によって、表に出ることはない。

学問的には、「商取引」の、正面からの話題とする必然性をもっていないと理解されてきたが、日本の法務省は、法務省と警察庁の刑事規制とタイアップして、総会屋根絶の一方法として商法を使う発想に転換して、「株主の権利行使に関する利益供与の禁止」規定(商法294条の2)を置いたのは、昭和五六年(1976年)のことだった。

このレベルの話題は、日本では、それぞれの分野の実務家が、「おまえやれよ」と押し付け合い、結局は、日の当たる場所での考察の対象になってこなかったようにみえるのである。

バブル経済の中心にあった不動産ビジネスについては、もっと問題が多い。不動産金融の法的ピーヒクルはいうまでもなく抵当権である。

しかし、法律の抽象理論は、ここでもあだをする。短期賃貸借などの濫用がそうで、つまり、実際には利用の意思のない賃借権の登記または仮登記を用いて、形式的に占有をするものらの跋扈である。このような「占有屋」がいれば、抵当権者が抵当権の実行手続をとっても、効果での買受人は、面倒をおそれて、出現しない。そんな状態にしておいて、賃借人やその関係者が安く競落し、多角転売したり、抵当権者に有利な条件で交渉をもちかけたりするのが常であった。

このような「占有屋」の跋扈が、不良債権処理のひとつの足かせであることを認めて、政府は、平成8年、10年に民事執行法を改正、最高裁も、批判の多かった平成11年11月24日の判決²を改めたりしている。しかし、抵当権妨害の対策として短期賃貸借制度の廃止が正しかったのかどうかは、必ずしも明快ではない。

²民集53巻8号1899頁

抵当権妨害の占有は、実例から見れば、ほとんどが、事実上の占有であり、短期賃貸借のせいではなかったことを見逃してはいないか。

ここで思い出すのは、保守政党への政治献金の合法性が争われた八幡製鉄事件における原告は、同社の監査役だったが、裁判においては、当の政治献金の実際の意義について議論はあまり深まらず、法論理的な意味では古くから議論されてきた、「会社の権利能力の範囲」「ウルトラバイレスの法理」、などとして抽象的に議論されたことである。

この事件に関連して、政治資金の規制そのものは、国会の立法にゆだねられる事項、つまり、選挙の問題であると述べた日本のきわめて有力な商法学者は、「だれでも知っていたこと」、つまり、ソーカイヤのことを、いまになって回想すれば、正面から話題にしてこなかったと思われるのである。

刑事法をみると、刑法各論 特別刑法といわれた時代はすぎさってすでに、「経済刑法」が独立した専門分野になっており、そこでは、金融会社や商社の横領・背任などの刑法犯はもちろん、高利の違法金融活動や消費者を食い物にする詐欺商法などについても刑事特別法領域の細かな解釈が展開されている。そのほか各法律をみるとわかるが、たとえば、商法や会社関係の法律は経営者がなんらかの条文に違反した場合には、刑事罰(罰金、懲役、禁固が中心)を科する規定を、多数持っている。

伝統的には、両罰規定で対応してきた法人処罰についても、ビジネスの間隙にスピーディに対応する「犯罪者」(自然人)が仮面をかぶる法的道具としての法人という側面がより強調された結果、より倫理性の高い犯罪遂行者として、「法人」そのものの「道義的責任」を追求す

る動きが急となっている。血と肉をもたない法人の「道義」とはなにか、かつてアダムスミスが述べたような「道德感情論」のような議論が、法人についても当てはまる状況なのだろうか、あるいはアメリカのビジネススクールで主流となっている産業組織論やゲーム理論からなにか説明理論が考えられているのだろうか、ブラックボックスとしての「倫理」は、永遠にそのままではないか、などなど、興味は尽きないところである。

訴追される側からは、ビジネスの倫理性が、国家[刑事]司法の中核にある事案であることがわかる場合は別として(たとえばロッキード事件の被告たち)、だれでもやっていることが見つかっただけであると認識するようなことであれば、法執行の尊厳性が失われ、国家刑事司法の墮落を招く。しかし、法の運用者は、それに気づかない。ここには、「違法性」と「倫理性」の接点が、一般のひとびとの素朴な感情の立場から、学理的に批判的に検討されてこなかったことについての、ひとつのアポリアがある。

法教育改革としての法創造教育

- 創設される法科大学院における法教育方法論 -

加賀山 茂

名古屋大学大学院法学研究科

E-mail:kagayama@lilac.ocn.ne.jp

1. はじめに

- わが国の法教育の現状と課題 -

今から 70 年ほど前に書かれた[末弘・法曹雑記(1936), 嘘の効用(1954)229 頁]によれば, 日本の法教育の現状と問題点が以下のように的確に表現されている。

法教育を含めて, すべての教育は理論的他動的教授によってのみ与えられると考えられてきた。講義では先生は常にまず学理と原則とを教える。それを説明する手段として多少の実例が引照説明される。先生は独断的に理論とその展開ないし応用を説ききかせるのみであって, 学生の立場は徹頭徹尾受動的であった。

今までの教育方法は, 知識を分量的に増加させることができる。しかし心と力とを養うことができない。学生は, 幾多の理論的知識を得ることができるが, 具体的事件に直面した場合に自分の知っている知識のうちどれをあてはめると問題が解決されるのか, それを直観的に判断決定すべき力を全くもたない。

このような的確な指摘にもかかわらず, わが国の法教育が, その後も, 本質的には全く変わっていないことは, 驚くべきことである。

2. 日本に創設される法科大学院における法教育の理念

2-1. 司法制度改革審・意見書における法科大学院の教育理念

日本において, 法曹になるためには, 司法試験という合格率が 3 パーセント程度という難しい試験に合格しなければならない。このことが, 日本の法教育を上記のような教師による理論的他動的教授と学生による受動的な学習に終始させてきたといってもよい。しかし, このような他動的な教授と受動的な学習だけでは, 創造的な法曹を育てることはできない。

そこで, 21 世紀に着手された日本の司法改革においては, 法科大学院というアメリカ型のロー・スクールを創立し, そこにおいては, 以下のような教育理念に基づく専門教育を通じて, 司法試験の合格率を大幅に(3 パーセントから少なくとも 50 パーセント以上に)アップさせ, 受験技術にとらわれない, 批判的・創造的な思考力を有する法曹を養成することになった[司法制度改革審・意見書(2001)]。

-法科大学院における教育理念-

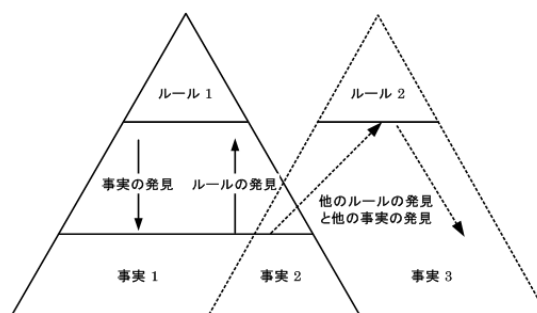
専門的な法知識を確実に習得させるとともに, それを批判的に検討し, また発展させていく創造的な思考力, あるいは, 事実即して具体的な法的問題を解決していくために必要な法的分析能力や法的議論の能力等を育成する。

ここで重要なことは、「創造的な思考力」を育成することにある。一見すると、[司法改革審意見書(2001)]では、「専門的な法知識を確実に習得させ」た後に、それを批判的に検討・発展させていくのが「創造的な思考力」であるかのように読める。しかし、「創造的な思考力」を育成するために、まず、「専門的な法知識を確実に習得させる」という順序で教育したのでは、結局、「専門的な法知識を確実に習得する」という従来の法曹教育の段階で時間切れとなってしまう、最も重要な「創造的な思考力」を育成することはできないことが明らかである。そこで、法科大学院では、「専門的な知識を確実に習得させる」という最初の段階から、「創造的な思考力を育てる」ための周到な準備と、新しい教育方法を実現する必要がある。

そして、創造的な思考力を育てるための新しい教育方法のヒントは、実は、上記の意見書の法科大学院教育の基本理念の後半部分、すなわち、「事実に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」という部分において、すでに明確に示されている。ここで大切なことは、「事実に即して具体的な法的問題を解決する」という最終目標が示され、そのための方法として、「必要な法的分析能力や法的議論の能力等」の必要性が明確に位置づけられているということである。

創造的な思考力を育てるためには、従来の教育方法とは逆に、まず、具体的な事例を示し、その問題を解決するためのルールを検索し、適切なルールを「発見する能力」を育てることが重要である。そして、適切なルールが見つからない場合であっても、既知のルールから、それを導き出している原理に立ち返り、既知のルールを構成しているさまざまな要素(法命

題)を分析し直し、従来の解釈方法(拡大, 縮小, 反対, 類推等)を縦横に駆使しながら、ルールの要素を新たに組み替えなおし、問題解決に適した新しいルールを創造しながら、問題を解決するという、「要素を組み替える能力」を育てなければならない。



事実の発見とルールの発見の相互関係

このような「発見する能力」、「要素を組み換える能力」を基盤とした「創造的な思考力」を育成する過程を通じて、逆に、「専門的な法知識を確実に習得させる」ことが可能となると考えるべきであろう。

2-2.「長期記憶」の「創造」という観点から見た「知識の確実な習得」の意味

「専門的な知識を確実に習得させる」と、「創造的な思考力を」育成することとの間には、密接な関係があることはすでに論じたとおりである。ところが、法曹資格を得るための最終試験である「新司法試験」を重視するあまり、法科大学院の教育は、やはり、「専門的な知識を習得させる」ことに重点を置くべきだとする考え方が根強く主張されている。

A. 学習の目標としての長期記憶の創造

しかし、「専門的な知識を習得させる」ということは、専門的な知識を教えさえすれば、学生が専門的な知識を確実に習得するという単純な話ではなく、以下に詳しく論じるように、学生

の脳の「長期記憶」に法的知識を「創造」しなければならのであって、実は、「創造的な思考力を身につける」ための教育方法と異なるところはなないのである。

「専門的な知識を確実に身につける」ということは、法的な問題を解決するために、いつでもどこでも使えるような「生きた知識」として、学生たちの頭の中に、専門的な知識を蓄積させるということではなければ意味がない。暗記だけして使えない知識をいくら詰め込んでも、問題解決には役立たないし、そのような知識では、相当時間を費やして行われる口頭試問には耐えられないからである。

B. 長期記憶の創造を妨げる難関

ところで、頭の中にいつでも使える知識として蓄積された情報は、「長期記憶(LTM: Long Term Memory)」と呼ばれている。すべての学習の目標は、この長期記憶に生きた知識を蓄積することに尽きる。しかし、このことは、そう簡単なことではない。人間の脳に入力される情報のほとんどのものは、以下の3つの難関を越えることができず、長期記憶に達することなく途中で消滅してしまうからである。

1. 注意を向けられない情報の消滅(興味深さの必要性)

* 情報が人間の長期記憶に蓄えられるまでには、いくつもの難関を潜り抜けなければならない。第1に、読書、講義、演習等を通じて外界から伝えられる情報は、感覚登録器というバッファに入力される。このレベルでは、まだ、脳の中で処理されるだけで、ほとんど人間の意識に残らない[溝口・人間の記憶への情報処理アプローチ(1983)64-65頁]。バッファに入った情報のうち、その人の「注意」が向けられたものだけが、次に説明する「短期記憶」に移され

る。たとえば、ぼーっと読んだり、ぼーっと聞いたりしているだけでは、短期記憶にも到達しない。

* バッファに登録された情報のうち、記憶に残るその人の「注意」が向けられ、短期記憶に移された情報だけである。ところが、この「短期記憶(STM: Short Term Memory)」は、時間的に数秒から数分までしか保持されず、しかも、独立項目として7プラスマイナス2というわずかな容量しか持たない。

2. 長期記憶に関連しない情報の消滅(背景知識の必要性)

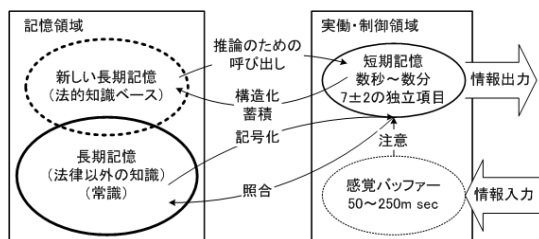
* 短期記憶に移された情報は、すでにその人の脳に存在する「長期記憶」と照合されることによって、「長期記憶」と関連するものだけが意味のあるパターンに記号化される。つまり、わかっている情報は、短期記憶にとどまることができるが、長期記憶と照合しても理解できない情報はこの時点で捨てられてしまう。

3. 7±2の独立項目に単純化・構造化できない知識の消滅(単純化の必要性)

* 短期記憶の容量は非常に限定されているため、7プラスマイナス2という独立項目に単純化されないものは、推論の役に立たないものとして捨てられる[佐伯・認知科学の誕生(1983)16頁]。つまり、情報は、単純化して7±2の独立項目の範囲内で単純化しないと、そもそも記憶として残らない。しかも、この短期記憶は、すぐに消滅するため、いつでも使える知識として記憶するためには、それを、さらに構造化・体系化して長期記憶に移さなければならない。

* 人間の頭の長期記憶は容量が大きい、その長期記憶にある知識を使って推論するためには、再び、その知識を実働の記憶舞台である短期記憶の領域に移さなければならない。したがって、長期記憶にある知識も、独立項目

が 7 ± 2 という単純化された構造を有していないと、結局は、使える知識とはならないということになる。



生きた法的知識を習得するメカニズム

ここでの最大の問題は、特に、法学未修者の場合、法的知識に関する情報の提供を受けても、それを理解するための長期記憶が存在しないため、教材を読んでも理解できず、講義を聴いても、わかったつもりになるだけで、長期記憶には蓄積できない、すなわち、学習目標が達成できないという点にある。つまり、法律に関する長期記憶がゼロの場合、法律に関する情報が短期記憶に移されても、長期記憶で照合の結果、意味不明の情報として、消去されてしまうのである。法科大学院における教育においては、なによりもまず、この問題こそが克服されなければならない。

「学ぶこと」および「教える」ことに関する最初の躓きは、この問題の解決の困難さに由来する。ソクラテスの言葉を借りると、「学ぶこと」、「教えること」に悲観的な「論争家ごのみの議論」とは、以下の通りである[プラトン・メノン 45-46 頁, 145 頁]。

人間は、自分が知っているものも知らないものも探求(学習)することはできない。というのは、まず、知っているものを学習するということはいかなる場合でもありえないだろう。なぜなら、知っているのだし、ひいてはその人に学習の必要がまったくないわけだから。また、知らないものを学習すること

もありえないだろう。なぜならその場合は、何を学習すべきか、ということも知らないはずだから。

学生や教師が教育の効果に懐疑的になった場合に発する以下のような独白も、これと対になっているといえよう。

学生: わかっていることは本を読んだり、講義を聞いたりすると、さらによく理解できる。しかし、わからないことは、本を読んでも、先生に教えてもらっても、結局わからない。

教師: 「できる学生」は教えなくてもわかるが、「できない学生」は教えてもわからない。結局、教えても、教えなくても同じだ。

C. 長期記憶の創造を妨げる難関の克服

それでは、法的知識に関する超記憶がゼロであるという「悲観的な」前提に立った場合、法的知識を獲得することはいかにして可能となるのであろうか。

その答えは、目標とする知識と似たような構造をもつ知識が長期記憶に存在すれば、その知識との比較を通じて、目標とする知識に関する長期記憶を新たに形成することは可能であるというものである[フリチョフ・ハフト・法律学習法(1992)18 頁]。そうだとすれば、法的知識の場合、誰でも持っている常識(常識的なルール)を活用することによって、法的知識を常識の長期記憶の上に追加することが可能であると考えられる[溝口・人間の記憶への情報処理アプローチ(1983)79 頁]。

つまり、法的な知識に関して長期記憶がゼロの学生に対して、「法的知識を確実に習得させる」ためには、いきなり法的知識を与えても、何の意味も持たないのであり、まずは、法学未修者がこれまでに獲得している長期記憶として共通部分となっている日常的な事例を選び、

常識による解決との比較を通じて、法的知識を提供すること、そして、そのような基礎的な法的知識が長期記憶に蓄え始められたことを見計らって、より高度の法的知識を基礎的な知識との対比において提供するといった方法が採用されなければならない。

このことは、法的知識に関する長期記憶がゼロの学生を対象としながら、各人の長期記憶に適合するように法に関する知識を漸次増加させているプロセスであるが、このことは、各人の「長期記憶」の「創造過程」として捕らえることが可能である。

すなわち、「専門的な知識を確実に習得させる」ということは、各人の脳の中に、法的知識に関する「長期記憶」を「創造」することにほかならず、各人によって異なる多様な「長期記憶」が創造されることを意味する。このことは、長期記憶の質と量が一定に達した場合に、多様な長期記憶から、創造的な思考方法が生まれてくることを期待できるのは、以上の理由による。

確かに、法学未修者の頭脳に法的知識に関する長期記憶を創造するという作業は、簡単なものではない。しかも、法科大学院においては、従来の法学部の学生が約4年をかけて行ってきたことを、1年間で実現しなければならない。しかし、法科大学院では、学習と教育に関する悲観論を乗り越えて、このことを実現しなければならない。

再びソクラテスの言葉を借りれば、そして、ここで「魂」といわれていることが、歴史の産物としての「人間の脳」であるとの解釈が許されるならば、学習と教育の可能性を以下のようにまとめることが可能であろう[プラトン・メノン 48頁]。

事物の本性というものは、すべて互いに親近

なつながりをもっていて、しかも魂はあらゆるものをすでに学んでしまっているのだから、もし人が勇気をもち、探求(学習)に倦むことがなければ、ある一つのことを思い出したこと - このことを人間たちは「学ぶ」と呼んでいるわけだが - その想起がきっかけとなって、おのずから他のすべてのものを発見するというのも、充分にありうるのだ。それはつまり、探求するか学ぶとかいうことは、じつは全体として、想起することにほかならないのだ。だからわれわれは、さっきの論争家ごのみの議論を信じてはならない。なぜならあの議論は、われわれを怠惰にするだろうし、情弱な人間の耳にこそ快くひびくものだが、これに対していまの説は、仕事と探求(学習)への意欲を鼓舞するものだからだ。

ところで、新しい知識を各人の脳の長期記憶に移す作業は、各人のこれまでの「長期記憶」の内容に依存する。したがって、「できる」学生は、新しい知識を、自分の長期記憶と照合し、それに適合するように、簡単に再構成して、新しい長期記憶へと移すことが可能である。しかし、法律に関する長期記憶を有していない「できない」学生にとっては、そもそも、入力されてくる情報を受け入れることができない。なぜなら、先に述べたように、長期記憶にない情報は、感覚バッファーを通じて短期記憶に入ったとしても、長期記憶と照合された結果、意味のない情報として捨てられてしまうからである。したがって、法に関する情報を意味のあるものとして受け入れるためには、各人の頭の中に、1から法律に関する長期記憶を作っていく作業が必要となる。

しかも、法律の知識を「長期記憶」に蓄えることができるのは、学生本人の努力次第であり、

他人がこれを行うことはできない。出発点としての長期記憶は、人によって千差万別であり、どのような情報を提供すれば、長期記憶に法的知識が効率的に再編されるかは、その人の長期記憶に依存するからである。特に、法律の知識が長期記憶化していない段階で、特に、法科大学院の場合、法学未修者である1年生の段階で、法律に関する情報をいくら講義しても、その情報は理解されないままバッファーから溢れて消え去るのみである。

この問題をさらに困難としているのは、教育の対象である学生の長期記憶の内容を教育する側が把握できないからである。法知識に関して、個々の学生の長期記憶の内容がどの程度であるかを評価するためのテスト問題が開発できれば、この点は、かなり改善される。しかし、このようなテストが開発されていない現状では、教師の側は、法学未修者の法的知識に関する長期記憶はゼロであると推定して教育に取り掛からざるを得ないであろう。

しかしながら、考え方によっては、体系的な法的な知識が長期記憶に全く蓄積されていない法学未修者の教育は、むしろ、やりやすいともいえよう。間違った長期記憶との矛盾に苦しむということがなく、しかも、個人差を無視して、一から始めることが可能だからである。つまり、法学未修者の長期記憶に法的知識を蓄積する方法は、方法論的には、かなり統一的に論じることが可能であるということになる。

また、知識の習得のメカニズムは、どの分野の学問にとっても共通のことなので、他の分野の学問を習得した経験がある人にとっては、法的知識を確実に習得するという作業、すなわち、法的知識の長期記憶化は、「案ずるより生むが易し」ということになると思われる。

D. 長期記憶の創造とう観点からみた「専門知識を確実に習得させる」方法

以上の考察から、「専門的な知識を確実に習得させる」ということは、個々の学生の頭の中に、法律の知識を単純化・構造化・体系化して、「長期記憶」に蓄積させることであることが理解できた。この点を踏まえて、「長期記憶」の観点から「専門知識を確実に習得する」ための方法を提言するとすれば、以下のようになると思われる。

* 教師の役割

1. 学習目標の設定と知識が適用されるべき典型事例の導入

- ・法的知識を学ぶ目的、学習目標(評価基準)を明確に設定する。
- ・法的知識が適用される事例として、法学未修者でも理解可能なつとめて日常的な事例を題材として提供する。

2. 長期記憶と関連する知識の提示

- ・身近で典型的な事例問題に関して、常識による解決と法律に基づく解決とを比較しながら、法律的な考え方の特色を鮮明に提示する。

たとえば、取得時効や消滅時効を説明する場合には、典型的な例(泥棒でも合法的に所有者になりうる;借金を長期間踏み倒すと、債務を免れることができるなど)を示しながら、常識と法的知識との比較を行い、かつ、法律の知識が常識の結論と全く異なる理由をできるだけ統一的に説明するように工夫する。

3. 長期記憶化のための知識の構造化の参考例の提示

- ・段階を経て、法学未修者の長期記憶に、少しずつ、法的知識が蓄積された後も、情報の提供に際しては、その情報が、単純化・構造化しやすいものとなるよう努力する。

・さらに、そのような知識を、7±2 の独立項目の範囲内で構造化する例を示し、各自が長期記憶を再編成するためのヒントを与える。

ただし、教師の作り上げた構造は、あくまで、参考にとどめるべきで、それを学生に押し付けることは避けるべきである。新しい知識を習得することは、各人のこれまでの長期記憶に基づいて、それを再編成することによって成し遂げられるのであるから、知識の構造化と再編は、あくまで、各人が独自の努力と責任とによって達成しなければならない。

4. 練習・応用問題の提供と評価を通じての知識の精緻化の促進

・新しい知識によって容易に解決できる問題と、簡単には解けない問題とを提出し、解き方のヒントを与える。

* 学生の役割

1. 講義を理解するための予備知識の導入

・法的知識を典型事例に適用してみて、妥当な解決が得られるかどうかを予習によって吟味する。

2. 応用問題を解けるようになるための知識の精緻化

・これまでの知識と新しい知識とを比較して、その違いを明らかにし、従来の知識を追加したり、修正したりする。

3. 長期記憶の再編成

・習得した知識で、講義中に提起されるさまざまな問題が解けるかどうかを復習を通じて再確認し、さらに、知識の追加・修正を行う。

3. 創造的な思考力を育成するための法教育改革(法創造教育)

3-1. 創造性とは何か

知識の習得とは、各人の脳の中に、いつで

も・どこでも利用できる知識としての長期記憶を「創造する」ことであることを論じた。ここでは、創造性について、さらに詳しく考察することにする。

A. 既存の要素の「新しい組み合わせ」

創造性といっても、「太陽の下、新しきものなし(Nothing is new under the sun)」といわれるように、創造とは、既存の要素の新しい組み合わせに過ぎない。例えば、新しい化学物質の創造も、原子や分子の新しい組み合わせに過ぎないし、新しく生まれる子供たちでさえも、親の遺伝子の組替えに過ぎない。

創造性との関連(たとえば、資本主義における「創造的破壊」)でよく用いられるイノベーション(革新)という用語も、それを提唱したシュンペーター(J. A. Schumpeter)も、初めは、「新結合(neue Kombination)」という言葉を用いて、生産要素(資本財、労働、土地)の結合の仕方、すなわち生産方法におけるいっさいの新機軸を表現していた[シュンペーター・経済発展の理論(1912)(上)180頁以下]。そして、これに新商品や新生産方法の導入のほか、新市場、資源の新供給源、新組織の開拓など、きわめて広範な事象を含ませていた。シュンペーターが明示的に「革新(Neuerung = innovation)」という概念を用いたのは景気循環の説明においてであった(大野忠男「イノベーション」平凡社世界百科事典)。

このように考えると、法科大学院における「法創造教育」とは、新しい事実の出現に対して、今までの法律のルールや判例の法理を組替え、新しい事実に適応できる新しい組換えのルールを用意することができる能力の育成だということになる。

このことは、AIDS(エイズ:後天性免疫不全症候群)や SARS(新型肺炎:重症急性呼吸器

症候群)等の新型のウィルスの攻撃から身を守るために、私達の免疫組織が遺伝子の組み合わせを変えながら、そのウィルスを撃退できる新しい免疫組織を創造する仕組みと似ていると思われる。

B. 創造性には、「新規性」のほかに、「高度性」、「有用性」は必要か

創造性という場合には、その概念の中に、「新規性」、「高度性」、「有用性」が含意されているというのが一般的な考え方であろう。たとえば、[Boden, Creativity and Law (2003), p.1]は、創造性とは、「新規で (new) 高度で (surprising) 有用な (valuable) アイディアを生成できる能力である」と定義している。

しかし、何が「高度」で、何が「有用」であるかは、時代によって変化するし、ある特定の時代においてさえも、オール・オア・ナッシングに決定できるものではなく、量的かつ相対的に評価すべき事項であるに過ぎない。

確かに、創造性を追求する場合には、「高度」で、「有用」な創造性を目標とすべきである。しかし、創造性が、先に述べたように、環境の変化に対応できるための多様性を保持する必要性という観点を重視するのであれば、創造性の中にも、あまり「高度でない」創造性や、あまり「有用」でないが、「新規な」創造性というものも存在しても不都合はないと考えるべきであろう。つまり、創造性の中に、非常に高度だが有用性はそれほどでもない創造性がありうるのであり、反対に、それほど高度ではないが、有用性は非常に高い創造性もありうる。さらには、あまり高度でもなく、それほど有用でもない創造性もありうると思われるべきなのである。

ある時代に、「高度」で「有用」であると判断されたものが、次の時代に「平凡」で「無用」と判断されることが良くあるし、反対に、あ

る時代に「平凡」で「無用」と判断されたものが、環境の激減した次の時代には、「高度」で「有用」と判断された例も少なくない。後者の例は、特に警戒すべきである。未来に「有用」である可能性を秘めている創造を、現在の基準で「無用」と判断し、創造の芽を摘み取ってしまうことは、特に、創造性の教育においては、厳に慎まなければならない。

さらに、「高度性」、「有用性」は、より高度であるとか、より有用であるとかというように、幅を持った連続した概念であるため、創造性の定義に内在させて、現在の基準では、「高度性」が低く、「有用性」の劣る「創造性」を、創造性がないとして、切り捨てることは、非常に危険である。したがって、「高度性」、「有用性」は、創造性の定義に取り込むのではなく、創造性のレベルを評価する評価基準に過ぎないと思えるのが適切であろう。

なお、この点に関しては、本稿の最後に、比較表を利用した創造教育の評価の箇所でも、さらに詳しく論じることとする。

C. 創造性を育てる教育

わが国における従来の法曹教育は、司法研修所における要件事実教育に代表されるように、出来上がったルールを金科玉条のように扱い、どのような事実の組み合わせに対しても、それを画一的に適用し、同じ事実関係には、常に同じ判決を導くことができるような能力を養うことをもって法曹教育の主眼としてきたように思われる。確かに、このような教育は、新しい事実が生じないいわゆる安定的な社会においては、意味があるかも知れないが、絶え間なく新しい事実が出現するような変化の激しい社会においては、通用しない。これは、比喩的にいえば、硬直した免疫組織では、新しいウィルスの出現に対応できずに、いたずらに個体の

死,さらには,種の滅亡を迎えるしかないのと同じである。

変化する事実に対応できる新しいルールを生み出す能力は,これまでの事実に対して判決によって導き出された法理を分析し,その法理を金科玉条のように覚えこむのでは足りない。むしろ,判決の法理の適用範囲(判決の射程)を見極め,事実が変わった場合には,その法理だけで対処する(拡大解釈・類推解釈に頼る)のではなく,その法理の適用をあきらめ(縮小解釈・反対解釈・例文解釈を活用する),その判決の法理とは異なるが,ある観点から見るとその法理に近い法理をいくつか選んで,新しい組み合わせを色々と試してみても(他のルールの拡大解釈・類推解釈を試みることも有用),その結果として,新しく,かつ,新しい事実に適応的な有用なルールを創造するという高度な技能訓練をも行う必要があると思われる。

3-2. 法創造教育の方法

A. コミュニケーションの重視と予習の効用

法教育においては,教師と学生との共同作業を通じて,学生に対して,法律家と同じような創造的な思考法を身につけるための教育がなされなければならない。そして,その目的を達成するためには,教師と学生との間のコミュニケーションが効率的に行われる環境を作り出す必要がある。

そもそも,何らかの共同作業を行うためには,その構成員の間に相互理解が存在しなければコミュニケーションが成り立たない。法廷において,裁判官,検察官,弁護士が紛争を解決したり,真理を追求したりする場合にも,法律の専門知識のレベルがほぼ同一でなければ,その目的を達することはおぼつかない。

法教育の場において,教師と学生との間で

効率的なコミュニケーションを実現するためには,学生の予習が重要な役割を果たす。教師が学生を育てる場合に,予習をし,何が問題で,どこがわからないかをあらかじめ理解している学生を相手にすると,予習をせずに,教師のいうことを聞いてノートをとるだけの学生を相手にするのは,その教育内容に格段の差が生じる。教育目標を達成するためにも,教師と学生との間のコミュニケーションが不可欠であり,予習には,相互のコミュニケーションを飛躍的に高めるという効用がある。

後に述べるケース・メソッドの講義方法としてロー・スクールで採用されられると思われるソクラテック・メソッドも,教師と学生との間の対等な関係での高度なコミュニケーションが成立することを前提にしている。したがって,講義方法として,講師がソクラテック・メソッドを採用する場合には,あらかじめ学生に教材を準備しておき,学生に予習をさせておくことが不可欠となる。それだけでなく,入学早々の3週間ぐらいは,「予行演習」が必要であるとの見解もある[米倉・民法の学び方(2003)]。

B. 主観的な発見と客観的な発見との連続性に対する信頼と予習の重視

創造的な思考法を身につけるということは,従来にはない思考法を発見することである。そのためには,日々の学習の中に,相対的にはあっても,発見のプロセスを組み込む必要がある。

課題の答えを教えてもらう前に,それに対して自分の力で答えを発見するプロセスとしての予習は,なにも努力をせずに教えてもらった答えを知ってからその課題を解くプロセスとしての復習とは,根本的に異なる。予習をして,課題の意味と困難さを知った学生と教師の間には,深い密度のコミュニケーションが成り立ちう

るし、相互の信頼と尊敬の関係をも確立することができる。そのような環境の下で行われる、ケース研究や演習を通じて、創造性が育っていくと思われる。

もっとも、このことは、復習の有用性を否定するものではない。試験勉強という復習を余儀なくされることを通じて、初めて頭の中が整理され、講義の意味を理解することができたという経験をした人は少なくないと思われる。そのような復習は、数秒から数分で消えていく「短期記憶」を、いつでもどこでも利用できる「長期記憶」へと変化させるという重要な役割を果たしている。つまり、そのような復習は、「長期記憶」の創造という作用を伴っている点で有用なのである。

創造性を身につけることが、学習の最初の段階から必要とされる点については、[フリチョフ・ハフト・法律学習法(1992)52頁]の以下の記述が参考となる。

法解釈学の教授資格取得論文における最高の基準は独創性(オリジナリティ)である。大胆で、新しく、将来性のあるモデルがあればよいと願う。既存のモデルだけしか用いない学者はほとんどいない。もっとも、学生はそのたびにしばしば苦勞している。そんな時、学生は何らかの權威に追隨する傾向がある(特に好まれるのは、通説である。)しかし、これでは解決にならない。早くも学生時代に多様なモデルのディレンマから抜け出るには、自分自身が責任意識をもってモデル化の自由を行使する、つまり、独り立ちして自分自身のモデルを形成するしかない。この理由から、学習の際に自分自信の構造を作り上げることがきわめて重要なのである。

C. 事実関係の重視とケース・メソッドの効用

ケース・メソッドは、予習を前提とした場合、具体的な事件を取り上げることで、従来の思考方法では限界があることを気づかせることになる点で、創造的な思考力を育成するために有用である。

[末弘・法曹雑記(1936)、嘘の効用(1954)229頁]には、ケース・メソッドに関する以下のような興味深い理解が示されている。

ケース・メソッドは禅の修行に類似した教育方法である。先生は教えないでただ公案を与える。公案を与えて考えさせる。公案を与えつつ教師の与えるヒントによってみずから悟りに赴くようにさせるところに禅の修業の本旨がある。ケース・メソッドは畢竟これと同じところをねらった教育方法である。

このように、教育の主体はあくまで学生であって、その学習を促進するために、まず、問題を提案し、学生が行き詰ったときにヒントを与えるのが教師の役割であると考えれば、ケース・メソッドの考え方は、確かに、アメリカのハーバード大学のラングデル教授の発想によるものではあるが、その方法論は、すでに、禅の修業では実現されており、日本における伝統的な考え方に合致するものであるともいえよう。

ある制度を外国から導入する場合に、その制度に関する類似の制度、または、その制度の萌芽が導入先の国にない場合には、それがいかに優れた制度であっても、制度の導入に失敗することが多い。しかし、ケース・メソッドは、その精神が、すでに、わが国の代表的な文化の一つである禅において、その修業過程で実現されているとすれば、わが国に導入した場合に、それが、根付くことなく廃れてしまうという

のは、杞憂に過ぎないと思われる。

D. 比較の重視と比較表による創造的な思考の育成

新しい観点の発見は、比較から生じることが多い。たとえば、他人と自分とを比べてみてはじめて自分を知ることができる。また、外国語を習得して初めて自国語の特色を発見することができる。

法律家にとって創造の源泉となっている法制史も比較法も、時間的、場所的比較である。このように、新しい組み合わせは、要素を表に表現することによって発見できることが多い。そして、問題点を表にすると、複雑な議論が単純となり、理解が深まる。さらに、問題点を表にまとめて見ると、抜けている論点が明確になり、創造性が促進される。

最後の点について、以下で、詳しく論じることしよう。

4. 比較表を利用した法創造教育の方法

4-1. 比較表の利用に関する一般的な考え方

創造性は、従来の知識で欠けている点の発見と、新しい観点による知識の再構成と考えることができる。従来の知識で欠けている点の発見も、また、新しい観点による知識の再構成に際しても、比較表の利用が有用である。

たとえば、「比較の重視」の箇所で紹介した、「他人と自分とを比べてみてはじめて自分を知ることができる。外国語を習得して初めて自国語の特色を発見する。」という言明を対照表を使って発見する方法を考えてみよう。この方法は、さらに、創造的な思考力をみにつけるための、かなり一般的なプロセスへとつなぐことができると思われる。

A. 形式的な比較表

最初に、ソクラテスとゲーテという偉人の言葉を単純に比較するための表を作成してみる。

表 1-1 形式的な比較表(データベース)

人名	命題
ソクラテス	汝自身を知れ (Know thyself.)
ゲーテ	外国語を知らない者は、自国語についても何も理解できない (Those who do not know foreign language, do not understand their own language at all.)

この表は、データベースとしては意味があるかもしれないが、それ以上の意味はない。この段階では、表は、創造的な思考力を育成するための比較表とはなっていない。

B. 有用な比較表を作成するための3つの戦略

意味のある比較表を作成するために大切なこと(戦略)は、以下の3点に要約することができる。

1. **第1戦略**: 全く独立で相互に関係がないように見える対象(たとえば、最初に取り上げる「汝自身を知れ」と「外国語を知らない者は、自国語についても何も理解していない」という2つの命題)に対しては、それらの対象間に共通点を見出せるような観点を発見するように務める。
2. **第2戦略**: それぞれが、全く異なる、すなわち、対立・矛盾すると思われる対象(たとえば、次に取り上げる「鏡像原則」に関して、「変更を加えた承諾は、申込の拒絶と反対申込である」というルールと「変更を加えた承

諾が、実質的な変更となっておらず、申込者が遅滞なくこれに異議を述べない場合には承諾となる」というルール)に対しては、それらの対象間に類似点を見出せるような観点を発見するように努める。

・この場合に有用な戦術としては、「敵の敵は味方」、「例外の例外は原則」という考え方をうまく利用する方法がある。

・後に詳しく分析するのであるが、比較対象となる一方(たとえば、鏡像原則の修正としての「実質的な変更を加えていない承諾に対して申込者が遅滞なく異議を述べないと承諾があったものとみなされる(CISG19条2項)」というルール)と他方(たとえば、「鏡像原則」またはわが国の民法528条の「変更を加えた承諾は、申込の拒絶とともに新たな申込となる」というルール)との間に類似点や共通点を見出せないように思える場合が存在する。

・この場合でも、「敵の敵は味方」、「例外の例外は原則」という考え方を利用して、一方の対象(鏡像原則の修正(CISG19条2項)ルール)に対して、それに対立する考え方(たとえば、「異議を述べないなど、単なる沈黙は、承諾とみなされることはない(CISG18条1項)」というルール)を発見することができると、他方の対象(たとえば、「鏡像原則」)との類似点や共通点を発見できる。

3. **第3戦略**:それぞれが似ていると思われる対象(たとえば、コモン・ロー上の「鏡像原則」とCISGの「変更を加えた承諾に関するルール」)に対しては、逆に、その相違点を見出せるような観点を発見するように努める。相違点がなければ、比較表を作成する意味がなくなるからである。

これらの3つの戦略は、無関係に見えるもの

には共通点を、相違すると見えるものには類似点を、類似すると思われるものには相違点を見出すような観点を発見しようとするものであり、世間で言えば、「あまのじゃく」な思考方法である。しかし、比較表の意味は、共通項目間の要素の対比を通じて、その相違点と共通点とを明確にして、深い洞察を誘発するものであるから、このような作業が必須となるのである。

このような、一見、世間とは逆の思考方法を採用することによって、これまでに気づかれなかった観点を発見する能力、すなわち、創造的な思考力が育成されることになるのである。

C. 共通点を抽出するための戦略の選択と有用な論理計算

さて、ソクラテスの命題とゲーテの命題とは、一見、全く関係がないように思われるので、第1の戦略にしたがって作業を開始する。つまり、2つの有名な命題(金言)の共通点を見出す作業を行う。そのような共通点が見つかり、それを基準として意味のある比較表を作成することが可能となるからである。

ところが、一見しただけでは、ソクラテスの「汝自身を知れ」とゲーテの「外国語を知らない者は、本国語についても何も理解できない」とは、全く独立の相互に無関係の命題であって、その間に共通点を見つけることができないように思われるかもしれない。

しかし、前者が肯定的命題であり、後者が、否定的命題であることに着目し、両者を肯定文として比較するため、後者に対して、論理計算上の「対偶(contraposition)」の公理($(a \rightarrow b) \rightarrow (\neg b \rightarrow \neg a)$)を使って、意味を変えることなく肯定的命題として表現しなおすと、共通点が見つかる可能性が増大する。

ゲーテの命題を、対偶を使って、意味を保持したまま、肯定命題に書き直すと、以下のように

なるう。

*最初の命題 ...外国語を知らない者は、自
国語を理解できない者である。

*対偶命題 ...自国語を理解している者は、
外国語を知っている者である。

ゲーテの命題が、対偶を用いることによって、
肯定文で表現できたので、これを、さらに、ソク
ラテス流に命令文で表現すると、以下のように
なるう。

*自国語を理解しようと思えば、外国語を知
れ。

これで、ソクラテスの命題とゲーテの命題の
表現形式が共通となった。以上の作業は、か
なり複雑な過程であるが、以下のようなヒントと
ともに、課題を与えるならば、複雑すぎて解答
が困難な問題とはいえないであろう。

【練習問題 1】

ソクラテスの「汝自身を知れ」とゲーテの「外国語
を知らない者は、自国語についても何も理解でき
ない。」を対等なレベルで比較するために、否定
文と否定文の組み合わせとして表現されている
ゲーテの格言を、内容を変更せずに、肯定文と
肯定文の組み合わせに書き換えなさい。

外国語を知らない者は、自国語を理解できな
い者である。

すべて肯定文へ ()

【練習問題 2】

肯定文と肯定文の組み合わせに変更されたゲー
テの格言を、ソクラテスの格言のように、命令文
に書き換えなさい。

ソクラテスの格言としての命令文...汝自身を知
れ。

ゲーテの格言を肯定文に変更した後、命令文
に変更 ()

いずれにせよ、このプロセスを通過できれ
ば、創造的な思考力を育成するための次の
ステップに進むことができる。

D. 意味のある比較表の作成

ソクラテスの命題とゲーテの命題を形式
を同じようにすることを通じて、両者の共
通点が見えてくる。それは、「何かを知るこ
と」であり、後者の場合には、「何かを知る
ためにすべき方法」にも触れていることが
理解できる。ここまで、理解が進めば、共
通点を項目として抽出して、意味のある比
較表を作ることができる。

表 1-2 内容について共通項目を抽出した比較表

人名	命題	
	目標	手段
ソクラテ ス	汝自身を 知れ	
ゲーテ		自国語を知ろうと思えば、外国 語を知れ

このように比較表を作成してみると、ソクラテ
スの言った「汝自身を知れ」と、ゲーテの言っ
た「外国語を知らない者は、自国語についても
何も知らない」という言明を同一の観点から比
較することが可能となる。

なお、上記の表 1-2 のように、空白のある表は、
学生に課する最も初歩的な問題として有用で
ある。たとえば、以下の通りである。

【練習問題 3】

表 1-2 の空白部分を適切な用語で埋めなさい。

E. 項目に対応する空白命題の補充

共通項の抽出によって比較表を作成してみ
ると、それぞれの命題の空白部分が明確にな

ることが確認された。そして、その空白部分を補充することは、比較的容易である。

ここでは、上記の表の空白部分を補充するとともに、さらに比較項目の人名を学問へと変更して、より一般的な表に作り変えてみよう。

表 1-3 項目の空白部分を埋めた比較表

学問分野	命題	
	目標	手段
哲学	自分自身を理解する	他人を知る
言語	国語を理解する	外国語を知る

以上で、ソクラテスとゲーテの格言の対照表は、一応の完成をみたことになる。ここまででも、一見全く異なる格言に共通する観点を見出し、ゲーテの格言をソクラテスの格言と共通の土俵に上げることができた。また、ソクラテスの格言に対しても、ゲーテの格言を参考に、内容を追加することができた。

しかし、この比較表をこれで終わりにすることはない。手段の項目をさらに追加することによって、また、学問分野を追加することによって、新規で、高度で、有用な命題を創造することが可能だからである。

【練習問題 4】

練習問題3により、空白が埋められた表においては、手段の項目がひとつしかない。しかし、目標を達成する手段として「他人を知る」とか、「外国語を知る」といった手段のほかにも、これとは異なる方法は存在しないものだろうか。もしも存在するとすれば、それについて考察した後、それらの方法に共通する観点を共通項目として追加してみなさい。

学問分野	目標	目標を達成するための手段	
	目標	()	()
哲学	自分を知る	自分を知るために、他人と比べてみる	()
言語	自国語を知る	自国語の特色を知るために、外国語と比べてみる	()

F. 項目の追加による比較表の発展と新たな命題の創造

比較表を作成することは、違った観点の発見にも役立つ。上記の表 1-3 においては、手段の項目が、他のものとの比較、すなわち、空間的比較しかなされていない。そのことに気づけば、以下のように、空間と対比される時間による対比を思いつくことは、容易であろう。

この比較表は、法に関する項目を追加することによって、さらに、発展する。学生には、以下のような課題を与えて、法教育の目標とその手段について考察させるのが有益であろう。

【練習問題 5】

練習問題 4 で作成した表の学問分野の項目の言語の下に「法学」の項目を追加し、その目標と目標を達成するための手段について、内容を追加してみなさい。

表 1-4 共通項目を追加することによって発展した比較表

学問分野	目標	目標を達成するための手段	
		空間的比較	時間的比較
哲学	自分を知る	自分を知るために、他人と比べてみる	自分を知るために、自分の祖先、または、自分の遺伝子を調べてみる
言語	自国語を知る	自国語の特色を知るために、外国語と比べてみる	現在の自国語の特色を知るために、自国語の歴史、すなわち、古文と比べてみる

表 1-5 共通項目と対象項目を追加することによって発展した比較表

学問分野	目標	目標を達成するための手段	
		空間的比較	時間的比較
哲学	自分を知る	自分を知るために、他人と比べてみる	自分を知るために、自分の祖先、または、自分の遺伝子を調べてみる
言語	自国語を知る	自国語の特色を知るために、外国語と比べてみる	現在の自国語の特色を知るために、自国語の歴史、すなわち、古文と比べてみる
法学	法を知る	自国(州)法を知るために、他の国(州)の法と比べてみる	自国(州)の法の特色を知るために、法の歴史をさかのぼってみる。

このようにして、比較表による比較の方法は、新たな項目を追加したり、新たな観点を導入したりすることを通じて、創造的な思考力を育成するのに有効であると思われる。なぜなら、比較表の作成作業を通じて、項目に対応する空白部分が発見され、それが埋められたり、あらたな項目の追加によって新たな命題が生成されたりすることになり、学生たちに創造的な作業を追体験させることができるからである。

G. 比較表によって創造された命題の表現

このようなプロセスは、すべて、創造的な思考方法の育成に関する重要なプロセスであるが、このようなプロセスを通じて、創造されたものを、命題としてまとめておくことも重要である。

【練習問題 6】

これまでの作業(比較表の作成)を通じて、自分が発見したことを文章で表現してみなさい。

ソクラテスの「汝自身を知れ」とゲーテの「外国語を知らない者は、自国語についても何も理解できない」という 2 つの格言に関して、筆者の提唱する比較表の作成によって新たに作られた命題は以下の通りである。

- ・自国語を深く理解しようと思うのであれば、外国語を学習することが重要である。外国語の学習を通じて、今まで気づかなかった自国語の特色に気づき、自国語の理解が格段に深められるからである。また、自国を理解するためには、現代文ばかりでなく、古文の学習が有用なことも、同様にして理解しうるであろう。

ゲーテの格言に対して、対偶命題を作成し、それを、ソクラテスの命令文を参考にし、目標と手段との関係として位置づけた。

・自分を理解するためには、自国語を知る場合と同様に、他人や社会を知ることが重要である。他人や社会を知ることによって、自分の個性がはっきりと認識できるからである。さらに、他人や社会との対比だけでなく、自分の祖先や自分の遺伝子を知ることを通じて、自分の遺伝子が、他人と思われていた人間と多くの共通点を持っていることも再認識できるであろう。

ソクラテスの命題をゲーテの対偶命題と比較することによって、ソクラテスの命題に目標を達成するための手段を追加した。

・法を理解する場合にも、自国(州)の法律や判例を知るだけでなく、外の国(州)の法律や判例を学習することが重要である。また、法の歴史を知ることが、法をより深く知ることに役立つ。自国の法と他の国の法、歴史的な法を知ることによって、初めて、自国法の特色を他の法との区別とともにその共通点をも同時に把握できるようになるからである。

ソクラテスとゲーテの格言を比較表によって比較することを通じて得られた命題を抽象化し、それを、法学の分野を適用して、あらたな格言を創作した。

このような結果を示すと、以下のような反論がなされることが予想される。

・比較表が有用なことは周知の事実であり、誰もがすでに利用している方法である。

・ソクラテスやゲーテの格言から、比較表によって、新たな命題が創造されたというが、そのような命題は、もともと、そのような格言に内在していたのであって、格言に対する単なる解釈であって、新たな創造ではない。

しかしながら、このような反論に対しては、さらに、以下のように反論することが可能である。

・比較表による教育方法の創造性

比較表が、難解な概念や思考を単純化し、理解を深めることは周知の事実であり、多くの人が利用してきた。

しかし、比較表の作成過程を通じて、創造的な思考力が育成できる原理を明らかにし、それを、法教育の最も重要な方法となると主張したのは、筆者が最初であろう。

アメリカ大陸は、昔から存在していたが、西洋の立場から新大陸を発見したのは、コロンブスが最初であると同じであろう。

・格言の比較表による比較を通じて変換・発展された結論の創造性

ある命題の解釈も、それが新たな観点の発見によってなされる場合には、創造となりうる。

今回の作業は、余りにも有名な命題を取り上げたため、筆者と同じ解釈がすでに存在すると思われるため、確かに、作成された結果は、筆者の独創ではないかもしれない。

・比較表による比較を通じて創造的な結論を導きうることを示した点の創造性

ここでは、創造的な思考方法を育成する点に焦点が当てられているのであり、筆者は、複数の命題を比較表を通じて比較することによって、新たな観点がどのように発見され、その観点を通じて、最初の命題がどのように変更または追加されうるかを具体的に説明することができた。

たとえ、格言の解釈を通じて、結論として同じ解釈に到達したものがすでに存在するとしても、私自身としては、いかなる解説書も参考することなしに、上に示した方法にしたがって、そのような解釈を作り上げたのであり、しかも、多くの学生が、同じ過程を踏んで、同じ結論を導

くことができる可能性を示すことができた点で、方法論としては創造的であると考えている。

4-2. 契約成立に関する「鏡像原則 (Mirror Image Rule)」の理解のための比較表の利用

以上のような比較表を使った教育方法は、法教育においても有用である。英米法における「鏡像原則 (Mirror Image Rule)」を理解したり、わが国の法解釈における発見を導く上で、比較表を使った教育がいかに有用であるかを、以下に、具体的に示すことにする。

鏡像原則 (Mirror Image Rule) とは、一般に、以下のような原理であると理解されている。

・契約が成立するためには、承諾文言は、申込文言に厳密に対応していなければならないとする契約に関するコモン・ローの原則である。

A. 鏡像原則に関する形式的な比較表の作成

この「鏡像原則」をそのまま表現した原理は、日本には、存在しない。しかし、この原則を、反対側から規定した条文は、日本民法にも存在する (民法 528 条)。すなわち、民法 528 条

は、承諾が申込に変更を加えている場合には、申込の拒絶と新たな申込に過ぎないと規定しており、「鏡像原則」に対相当するものと考えられる。そこで、「鏡像原則」を表現したものととして、日本民法の条文 (民法 528 条) 比較表の一つの項目に加えることにする。

そして、「鏡像原則」を原則としては採用しながら、重大な変更を加えている CISG 第 19 条とを対比して、「鏡像原則」の現状を理解するとともに、「鏡像原則」を例外なしに採用している日本民法にはどのような変更が必要とされているのか、それとも、その必要がないのかを検討することにする。

最初に、「鏡像原則」に忠実な日本民法 (528 条) と、「鏡像原則」を原則として承認している CISG の該当条文 (CISG 第 19 条 1 項) とを比較のための項目とし、日本でも、国際条約でも、「鏡像原則」が同じように機能していることを確認する。

表 2-1 鏡像原則に関する形式的な比較表

原理		日本民法		CISG	
名称	内容	条文	内容	条文	内容
鏡像原則 (Mirror Image Rule)	契約が成立するためには、申込と承諾の内容は、実像と鏡に映った像と同じように、厳密に一致することが必要である。	第 528 条 (変 更 を 加 え た 承 諾)	承諾者カ申込ニ条件ヲ附シ 其他変更ヲ加ヘテ之ヲ承諾 シタルトキハ其申込ノ拒絶ト 共ニ新ナル申込ヲ為シタル モノト看做ス	第 19 条	(1)承諾の形をとっているが、付加、制限その他の変更を含んでいる申込に対する回答は、申込の拒絶であり、反対申込となる。

B. 鏡像原則の意味の探求 - 鏡像原則を理由づける原理の発見 -

契約が成立するために、なぜ、申込の内容と承諾の内容とが厳密に一致していなければならないのかという「鏡像原則」の存在意義を尋ねる問題は、合意形成に関する根本問題である。

個人が自己決定できる範囲を超え、他人の自己決定の及んでいる領域に入り込んで自己実現を行おうとする場合には、他人の許可、すなわち、合意形成が必要となる。合意形成の問題は、実は、他人の自己決定に属する問題について、他人の干渉を許す問題であるから、本来なら許可を与える必要のない側、すなわち、被申込者の権利が厚く保護されなければならないという問題なのである。申込は、被申込者に対する承諾権限の授与行為であると説明されているのも、以上の理由に基づく。

しかしながら、申込に対して変更を加えて承諾することは、被申込者の権利を尊重して、合意を形成しようと欲し、敢えて、被申込者に承諾権限を与えて弱い立場に立った申込者に対する、被申込者による、信義誠実の原則に反する不意打ち行為であり、承諾権限の濫用行為に他ならない。したがって、この場合には、被申込者の不意打ち行為(権限の濫用)によって、むしろ、弱い立場に立たされた申込者を保護する必要が生じる。

このように考えると、「鏡像原則」とは、単に、合意形成に厳密性を要求するといった技術的な問題ではなく、弱い立場に立った申込者に対する被申込者の不意打ち行為(信義誠実の原則に反する承諾権限の濫用)から申込者を保護するために、「変更を加えた承諾」を「承諾」ではなく「反対申込」とみなして、申込者と被申込者の立場を逆転させ、申込者が被申込

者に与えた承諾権限を申込者に返還するという、優れて政策的な機能を有する原則なのである。

そうだとすると、信義則と権利濫用の法理によって支持されている「鏡像原則」に関して、後に論じるように、再度信義則を適用することは、むしろ、当然のことであると考えることができる。

C. 鏡像原則に関する比較項目間の相違・対立の認識

次に、CISGにおいては、その19条2項によって、「鏡像原則」が、どのように修正されているかを見てみよう。

この表(表2-2)からは、原則では一致していたものの、申込に変更が加えられてはいるが、その変更が実質的な変更でない場合においては、日本民法とCISGとは、完全に結論を異にすること、したがって、例外的な場合については、両者の間には、はっきりとした区別、あるいは、対立があることを読み取ることができる。

同じ原則から出発しながら、両者に相違と対立が生じたのはなぜなのか。その点を理解することが、重要である。なぜなら、理由がわかれば、対立する問題に対して、共通理解を導くことが可能になることが少なくないからである。

D. 鏡像原則に関する比較項目間の相違・対立の理由の抽出

CISGは、その第9条1項で、鏡像原則から出発しながら、その第2項で、以下の条件を備えた場合には、変更を加えた承諾は、反対申込ではなく、承諾として認められる旨を規定している。

・変更を加えた承諾が、承諾としての効力を有する条件

1. 変更を加えた承諾が申込の内容を実質的な

変更をするものではない。

2. 申込者が遅滞なく変更を加えた承諾に異議を述べない。

このような結論は、どのようにして導かれるのか、この結論は、CISG の他の原則と矛盾しないのかを、以下で、詳しく考察することにする。

上記の条件のうち、第 1 点は、どのような場合に、実質的な変更ではないといえるかどうかという問題であり、この点については、CISG19 条第 3 項が、以下のように規定して、問題の解決を図っている。

表 2-2 鏡像原則に関する相違・対立点を明確にした比較表

原則		日本民法		CISG	
名称	内容	条文	内容	条文	内容
鏡像原則	契約が成立するためには、申込と承諾の内容は、実像と鏡に映った像と同じように、厳密に一致することが必要である。	第 528 条 〔変更を加えた承諾〕	承諾者カ申込ニ条件ヲ附シ其他変更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其申込ノ拒絶ト共ニ新ナル申込ヲ為シタルモト看做ス	第 19 条	(1)承諾の形をとっているが、付加、制限その他の変更を含んでいる申込に対する回答は、申込の拒絶であり、反対申込となる。
鏡像原則の修正	申込に対する承諾に変更が加えられていても、それが、申込の内容を実質的に変更するものではなく、かつ、申込者が、その承諾に対して、直ちに異議を述べない場合には、契約は、変更を加えた承諾の内容でもって成立する。	-	-	第 19 条	(2)しかしながら、承諾の形をとった申込に対する回答が、付加的条件や異なった条件を含んでいても、申込の内容を実質的に変更するものでない場合には、申込者が不当に遅滞することなくその相違に口頭で異議を述べ又はその旨の通知を発しない限り承諾となる。申込者が異議を述べない場合には、契約の内容は申込 0 内容に承諾中に含まれた修正を加えたものとする。

・CISG19 条第 3 項

(3)付加的条件又は異なった条件であって、特に代金、支払、物品の品質及び数量、引渡の場所及び時期、一方当事者の相手方に対する責任の限度、又は、紛争の解決方法に関するものは、申込の内容を実質的に変更するも

のとして扱う。

そこで、ここでの問題は、上記の条件のうちの第 2 点に集中することになる。つまり、この問題は、CISG の場合、「被申込者の変更を加えた承諾(原則として申込の拒絶と新たな申込(反対申込))に申込者が異議を述べないと、

なぜ、承諾したのと同じ結果となるのか」である。

この問題については、CISGは、その18条1項で、19条2項とは矛盾する解決策(「沈黙原則」)を採用している。

・CISG18条第1項(単なる沈黙は承諾とみなされない)

(1)申込に同意する旨を示す被申込者の陳述その他の行為は、承諾とする。沈黙又は反応のないことは、それだけでは承諾とみなされることはない。

それでは、被申込者の変更を加えた承諾、すなわち、反対申込に対して、申込者が、単に沈黙するだけで、それに対する承諾とみなされるのはなぜであろうか。

このことを検討するに際して、上記の表の最後に、CISG18条1項の沈黙の原則(単なる沈黙は承諾とはみなされない)という項目を追加し、比較項目に関する相違・対象が単純でないことを明らかにしておく。

比較項目として沈黙原則が追加された以下の表2-3においては、日本民法528条とCISG第19条2項との相違・対立だけでなく、以下のように、CISG第19条2項と、CISG第18条1項との相違・対立も明らかとなる。

・日本民法528条とCISG19条2項とは、変更を加えた承諾の内容が申込の内容を実質的に変更しない場合には、完全に対立しており、CISG19条2項の方が、合理的であるように思われる。

・しかし、CISG19条2項にも、問題がないわけではない。以下のように、CISG19条2項と18条1項との間に矛盾・対立が生じているからである。

* CISG18条1項は、単なる沈黙は、承諾とみなされることはないと規定している。

* それにもかかわらず、CISG19条2項は、変更を加えた承諾としての被申込者の反対申込に対して申込者が沈黙することは、反対申込に対する承諾とみるのと同じ結果が生じている。

E. 鏡像原則に関する比較項目間の矛盾・対立関係の克服

表2-3に生じている矛盾・対立点は、どのようにして克服されるのであろうか。条文(Rules)間の対立を解消することができるのは、メタ規範としての一般条項、または、原理(Principles)以外にはない。すなわち、「鏡像原則」を修正しているCISG第19条2項は、CISGの第7条1項に規定されている信義則の原理を適用することによって、CISG18条1項の「沈黙は承諾とならない」という原則との間の矛盾が解消されるのである。

ルールは原理を実現するものでなければならないが、反対に、原理はルールや判例を説明できなければならないといわれている[Hage & Sartor, Legal Theory Construction (2003) p. 172]。CISG19条2項のルールとCISG18条1項のルール間の矛盾・対立は、一般原理としての信義則の原理(CISG第7条)によって、矛盾なく、以下のように、統一的に説明されることになる。

* 鏡像原則

・申込に対する承諾は、申込と厳密に一致していなければならない。

・変更を加えた承諾は、申込とは一致しておらず、「申込の拒絶と新たな申込」(反対申込: counter-offer)とみなされる(CISG19条1項)。

* 鏡像原則の修正の思考プロセス

・鏡像原則の適用が妥当性を欠くと考えられる場合(CISG19条2項)

変更を加えた承諾が、実質的には、申込の内容を変更しない。

申込者が、それに対して、遅滞なく異議を申し立てることをしない。

- ・ 鏡像原則の適用が妥当性を欠くと考えられる場合に対する「沈黙の法理」

(CISG18条1項)の適用

被申込者の反対申込に対して、申込者が遅滞なく異議を申し立てないからといって、そのような沈黙は、本来ならば、CISG18条1項により、原則として承諾とはならないはずである。

表 2-3 鏡像原則に関して相違・対立点が交錯していることを示す比較表

原則		日本民法		CISG	
名称	内容	条文	内容	条文	内容
鏡像原則	契約が成立するためには、申込と承諾の内容は、実像と鏡に映った像と同じように、厳密に一致することが必要である。	第528条 〔変更を加えた承諾〕	承諾者カ申込ニ条件ヲ附シ其他変更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其申込ノ拒絶ト共ニ新ナル申込ヲ為シタルモノト看做ス	第19条	(1)承諾の形をとっているが、付加、制限その他の変更を含んでいる申込に対する回答は、申込の拒絶であり、反対申込となる。
鏡像原則の修正	申込に対する承諾に変更が加えられていても、それが、申込の内容を実質的に変更するものではなく、かつ、申込者が、その承諾に対して、直ちに異議を述べない場合には、契約は、変更を加えた承諾の内容でもって成立する。	-	-	第19条	(2)しかしながら、承諾の形をとった申込に対する回答が、付加的条件や異なった条件を含んでいても、申込の内容を実質的に変更するものでない場合には、申込者が不当に遅滞することなくその相違に口頭で異議を述べ又はその旨の通知を発しない限り承諾となる。申込者が異議を述べない場合には、契約の内容は申込0内容に承諾中に含まれた修正を加えたものとする。
鏡像原則の修正 (CISG19条2項)と沈黙原則(CISG18条1項)との間における矛盾の発見	申込の相手方が、何もしない、異議を述べないからといってそれが承諾とみなされることはない。	-	-	第18条	(1)申込に同意する旨を示す被申込者の陳述その他の行為は、承諾とする。沈黙又は反応のないことは、それだけでは承諾とみなされることはない。

・鏡像原則の適用が妥当性を欠くと考えられる場合に対する「沈黙の法理」の適用は、信義則(CISG7条1項)の適用によって覆される

被申込者の変更を加えた承諾が、実質的には、申込の内容を変更しないのに、申込者がそれに遅滞なく異議を述べることを怠っている。

信義則の法理により、申込者の沈黙は、被申込者の反対申込に対する承諾とみなされる。

* 鏡像原則の修正の完成

・変更を加えた承諾は、以下の場合には、承諾としての効力を生じる。

・(厳密には、被申込者の「変更を加えた承諾」そのものではなく、「変更を加えた承諾と

しての反対申込に対する申込者の沈黙」は、以下の場合には、信義則の適用により、反対申込に対する「承諾とみなされる」と考えた方がよい)。

変更を加えた承諾が、実質的には、申込の内容を変更しない。

申込者が、それに対して、遅滞なく異議を申し立てることを怠っている。

このように考えると、日本民法528条とCISG第19条2項とは、全く異なる条文であり、CISG19条2項は、民法528条とは無関係の異質の条文であると理解するのではなく、以下の表2-5のように、両者に連続性を見出すことができる。

表 2-5 沈黙原則と鏡像原則の修正との間の矛盾・対立が信義則の適用によって解消されることを示す比較表

原理		日本民法		CISG	
名称	内容	条文	内容	条文	内容
鏡像原則	契約が成立するためには、申込と承諾の内容は、実像と鏡に映った像と同じように、厳密に一致することが必要である。	第 528 条 〔変更を加えた承諾〕	承諾者カ申込ニ条件ヲ附シ其他変更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其申込ノ拒絶ト共ニ新ナル申込ヲ為シタルモノト看做ス	第 19 条	(1)承諾の形をとっているが、付加、制限その他の変更を含んでいる申込に対する回答は、申込の拒絶であり、反対申込となる。
沈黙原則	申込の相手方が、何もしない、異議を述べないからといってそれが承諾とみなされることはない。	第 526 条 2 項	(2) 申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認めキ事実アリタル時ニ成立ス	第 18 条	(1)申込に同意する旨を示す被申込者の陳述その他の行為は、承諾とする。沈黙又は反応のないことは、それだけでは承諾とみなされることはない。
信義則の適用 CISG 第 18 条 1 項と第 19 条 2 項との矛盾の解消	申込に対して、被申込者の変更を加えた承諾をしたが、その変更が些細なものであり、実質的な変更をもたらさない場合には、申込者がそれに直ちに異議を述べない場合には、信義則の適用により、その沈黙は、反対申込	第 1 条	(2) 権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス	Article 7	(1)この条約の解釈にあたっては、その国際的性格並びにその適用における統一及び国際貿易における信義の遵守を促進する必要性が顧慮されるべきものとする。

	に対する承諾とみなされる。			
修正された鏡像原則	申込に対する承諾に変更が加えられていても、それが、申込の内容を実質的に変更するものではなく、かつ、申込者が、その承諾に対して、直ちに異議を述べない場合には、契約は、変更を加えた承諾の内容をもって成立する。	第 528 条 [第 2 項の追加修正案]	(2)しかしながら、承諾の形をとった申込に対する回答が、付加的条件や異なった条件を含んでいても、申込の内容を実質的に変更するものでない場合には、申込者が不当に遅滞することなくその相違に口頭で異議を述べ又はその旨の通知を発しない限り承諾となる。申込者が異議を述べない場合には、信義則の原則(民法 1 条 2 項)の適用により、変更を加えた承諾である新たな申込は、承諾されたものとみなし、契約の内容は申込の内容に承諾中に含まれた修正を加えたものとする。	(2)しかしながら、承諾の形をとった申込に対する回答が、付加的条件や異なった条件を含んでいても、申込の内容を実質的に変更するものでない場合には、申込者が不当に遅滞することなくその相違に口頭で異議を述べ又はその旨の通知を発しない限り承諾となる。申込者が異議を述べない場合には、契約の内容は申込の内容に承諾中に含まれた修正を加

F. 鏡像原則に関する修正の正当化と日本民法 528 条に対する新たな解釈・立法論の創造

わが国においても、信義則の法理は、権利・義務の行使に関するすべての条文に関して、強行法規として作用することが認められているのであるから、「被申込者の変更を加えた承諾が、実質的には、申込の内容を変更しないのに、申込者がそれに遅滞なく異議を述べることを怠っている」という場合、すなわち、「変更を加えた承諾 = 反対申込が実質的には申込の内容を変更するものではないのに、申込者がその反対申込に対して遅滞なく異議を述べない」という場合には、信義則の適用により、申込者の反対申込に対する沈黙は、反対申込に対する承諾とみなされると解することが可能である。

を怠っている」という場合、すなわち、「変更を加えた承諾 = 反対申込が実質的には申込の内容を変更するものではないのに、申込者がその反対申込に対して遅滞なく異議を述べない」という場合には、信義則の適用により、申込者の反対申込に対する沈黙は、反対申込に対する承諾とみなされると解することが可能である。

鏡像原則		民法 528 条	CISG19 条
原則の修正と信義則の適用による共通理解の実現	通常の場合	変更を加えた承諾は、申込拒絶と反対申込であって、承諾とはならない。	
	些細な変更かつ被申込者の異議がない場合	変更を加えた承諾は、申込拒絶と反対申込であって、承諾とはならない。	変更を加えた承諾は、承諾として効力を有する
	信義則の適用による統合	実質的な変更がない反対申込について、異議を述べない場合は、信義則の適用により、反対申込に対する承諾とみなされる。	

つまり、新たな観点(反対申込に対する沈黙は、一定の場合には、信義則の適用により、承

諾とみなされる)の発見によって、これまで、非連続と思われていた、民法 528 条と CISG19 条

2 項とが、信義則の適用を解して、連続したものと解することが可能となったのである。このことは、日本民法の新しい理論の創造を促進することになると思われる。

4-3. 比較表を利用した法創造教育の評価

先に述べたように、創造とは、既存の要素の新しい組み合わせに過ぎない。そして、既存の要素の新しい組み合わせは、たとえ、その当時の評価基準では、高く評価されないとしても、それらが、自然淘汰されない限り、予期せぬ環境の変化に対応できる可能性をもつ多様性として、創造性を否定されるべきではない。このような多様性を認める観点からは、創造性を、「新規性」、「高度性」、「有用性」のすべてを満たすものに限定するという創造性の定義は適切でないと思われる。

しかし、創造教育を評価する観点からは、学生たちが、創造的な思考力を身につけたかどうかを評価する観点から、新規性、高度性、有用性を法創造教育の評価項目として採用し、それらを総合的に勘案して、創造教育を評価することには、問題はないと思われる。

上に述べた比較表の作成を通じた創造教育は、縦軸と横軸という少なくとも2つの観点から、従来の思考方法を見直すことを通じて、従来の思考方法に対する理解を深めることから出発する。

したがって、この教育方法は、従来の思考方法に対する深い理解から出発する点で、ゼロから出発して、ランダムに新しい組み合わせを発見しようとする方法とは異なり、従来の思考方法との連続性、すなわち、「有用性」が確保される。また、従来の思考方法に抜け落ちている点があれば、比較表を作成する過程を通じて、その点が容易に発見されるので、「新規性」を確保することが容易となる。さらに、比較

表の項目を追加して、さまざまな観点から対象を比較することを通じて、それぞれの対象の共通点と相違点を明確にすることができ、そこから、さらに、それぞれの相違点を統合する新たな観点を発見することが容易となるため、従来の思考方法を前提とする思考方法に比較して、思考方法の「高度性」を高めることができる。

このように、比較表の作成を通じた創造教育は、「新規性」、「高度性」、「有用性」のいずれの点をとっても、従来の教育よりも、学生の創造的な思考能力を高めるものであるといえよう。

もっとも、このような教育方法が有効かどうかは、従来の教育方法と並行して実施してみて、それらの成果を比較検討してみる以外に、厳密な評価を行うことはできない。

教育評価に関しては、その重要性が明確に認識されているにもかかわらず、[改革審・意見書(2001)]においても、教育評価の方法に関しては、以下のような抽象的な指摘を行うにとどまっている。

法科大学院では、その課程を修了した者のうち相当程度(例えば約7~8割)の者が後述する新司法試験に合格できるよう、充実した教育を行うべきである。厳格な成績評価及び修了認定については、それらの実効性を担保する仕組みを具体的に講じるべきである。

筆者は、教育学者の協力を得て、公平な教育評価の方法確立することを含めた教育実験を開始しており、すでに、教育評価のシステムの開発を開始している。紙幅の関係で、その問題については、別に論じるほかないが、そのような教育実験を繰り返しながら、教育方法の改善を行うことが次の課題である。

5. おわりに - 結論 -

わが国においては、教育は理論の他動的教授によってのみ与えられると考えられてきた。そのため、学生は、講義に出てノートを取り、試験の前に復習するという受動的な学習に終始するのみで、予習をする学生はごく一部に限られてきた。しかし、司法改革の一環としてわが国において創設される法科大学院においては、法律家が考えるのと同じように考えることのできる法曹を養成するため、以下のような教育目標が設定されることになった。

法科大学院の教育理念

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、事実に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。

このような批判的で「創造的な思考力」を育てるためには、新たな観点でものを見たり、考えたりする能力を育成することが必要である。そのためには、法的知識に関する「長期記憶の創造」という観点に立った、以下のような環境を提供する必要があることを論じた。

- ・身近な事例とそれに関する興味深い問題を含む教材を提供することによって、予習を促進する。
- ・教材においては、初心者でも長期記憶との照合が可能となるように、常識による解決と法律に基づく解決とを比較しながら、法律的な考え方の特色を提示する。
- ・予習によって問題の所在と基礎知識を取得した学生と教師との間のコミュニケーションを通じて、事例に対する問題解決能力と議論の能力を高める。

・学生の主観的な発見を尊重し、それが、客観的な発見へとつながるように、発見、特に、新しい観点の発見を褒めるように努める。

・あらたな観点の発見を促進するために、空間的比較(比較法)、時間的比較(法の歴史)の学習を奨励し、比較表による空白の補充、および、対立を解消するための項目の追加等、「比較表の作成作業」を通じて、創造的な思考力を育成する。

最後に掲げた比較表の作成作業が、創造的な思考力を育成するためにいかなる効用を持つかを明らかにするため、例として、ソクラテスの「汝自身を知れ」とゲーテの「外国語を知らない者は、自国語についても何も知らない」という命題を比較しながら、どのような戦略を用いると有意義な比較表を作成できるか、また、比較表を展開する過程でどのような命題を創造できるかを考察した。

さらに、契約の成立に関する「鏡像原則(Mirror Image Rule)」を例として取り上げる。そして、鏡像原則に関する日本民法とCISGの条文を比較表を作成してみる。そして、このような比較表によって、日本民法とCISGとの共通点と相違点とを明らかにすることが容易となること、CISGにおける19条2項と18条1項とを比較することによって、CISG内部の矛盾を発見することができること、さらに、それらの矛盾・対立を調整するものとして、CISG7条1項の信義則の役割を発見することを通じて、わが国の民法においても、CISGと共通の思考方法と共通の結論を共有することが可能となる新しい観点の発見と新しい解釈・立法を創造することができることを示した。

このような創造的な思考方法を育成する教育改革を通じて、わが国においても、批判的

で創造力豊かな法曹を養成することが可能となると考える。

<参考文献>

[1][プラトン・メノン]

プラトン著 / 藤沢令夫訳『メノン』岩波文庫 (1994年)。

[2][シュムペーター・経済発展の理論(1912)]

シュムペーター(J. A. Schumpeter)著 / 塩野谷祐一, 中山伊知郎, 東畑精一訳『経済発展の理論 - 企業者利潤・資本・信用・利子および景気の回転に関する一研究 -』岩波文庫(上, 下)(1977年)。

[3][末弘・法曹雑記(1936)]

末弘巖太郎「法曹雑記」(1936年)『末弘著作集・嘘の効用』日本評論社(1954年)所収 229頁以下。

[4][佐伯・認知科学の誕生(1983)]

佐伯胖「認知科学の誕生」瀧一博編著『認知科学への招待 第5世代コンピュータの周辺』(NHK ブックス 446)日本放送協会(1983年) 9-41頁。

[5][溝口・人間の記憶への情報処理アプローチ(1983)]

溝口文雄「認知科学の課題と、人間の記憶への情報処理アプローチ」瀧一博編著『認知科学への招待 第5世代コンピュータの周辺』(NHK ブックス 446)日本放送協会(1983年) 43-94頁。

[6][フリチョフ・ハフト・法律学習法(1992)]

フリチョフ・ハフト / 平野敏彦訳『レトリック流法律学習法』(レトリック研究会叢書 2)木鐸社(1992年)。

[7][曾野, 山手・国際売買法(1993)]

曾野和明・山手正史『国際売買法』(現代法律学全集 60)青林書院(1993年)。

[8][改革審・意見書(2001)]

司法制度改革審議会『意見書 - 21世紀の日本を支える司法制度』(2001年6月12日)

(和文)

<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>

(English)

<http://www.kantei.go.jp/foreign/judiciary/2001/0612report.html>

[9][米倉・民法の教え方(2003)]

米倉明「ロースクール1年生(法学未修者)に対する民法の教え方 - ひとつの覚書 -」日弁連法務研究財団『法科大学院における教育方法』商事法務(2003)1-24頁。

[10][Hage & Sartor, Legal Theory Construction (2003)]

Jaap Hage and Giovanni Sartor, "Legal Theory Construction", ASSOCIATION (Journal for Legal and Social Theory), Vol. 7 No. 1 (2003), pp. 171-183.

[11][Boden, Creativity and Law (2003)]

Margaret A. Boden, "Creativity and Law: How can they live together?" Edited by Kevin D. Ashley and Hajime Yoshino, "Proceedings for the IVR 21st World Congress 2003 in the Special Workshop L: Artificial Intelligence in the Law - Creativity in Legal Problem Solving -" (2003) pp. 1-7.

法創造教育支援システムの全体像

吉野一

明治学院大学法学部

E-mail:Yoshino@law.meijigakuin.ac.jp

本研究プロジェクトは、法創造の原理を明らかにし、法創造教育方法を開発することを目的とする。その際、法創造教育を支援するシステム、すなわち、法創造教育支援システムも開発しようとしている。法創造教育が複数の方法で実現されうると同様に、法創造教育支援システムは複数のサブシステムから構成される。そこで、本報告では、法創造教育をどのようにして開発しようとしているのかについて説明し、法創造教育支援システムがいかなるサブシステムから成り、それがどのようにして全体としての法創造教育支援システムを構成しているのかについて簡単に説明することにした。

第1章「法創造教育の開発研究 - 法創造科学に向けて」のところで述べたように、法創造教育とは、学生の法創造的思考力を開発する教育である。従来の教育は法的知識の供与を主とした。これからの(法科大学院での)法学教育では、法的思考力(Legal Mind)の育成が重要である。日本の法律家に特に必要とされているのが、法創造的思考力である。そこで法創造教育の方法が開発されなければならない。法創造教育方法は、大陸法における法解釈の方法を前提にして、米国のロースクールで行われてきた教育方法の長所を取り入れて開発される。すなわち、図2に示されているように、教育で用いられる素材の観点からプロブレムメソッド(事例問題を解くという形で教育する方法)とケースメソッド(諸判決例から法ルールを抽出するという方法)を、授業の進め方の観点

からソクラティックメソッド(問答形式で教育する方法)とディスカッションメソッド(学生の自由な議論を教師が導く形で教育する方法)を融合した方法として開発される。そして、これらの方法とその融合とを支援するために、法創造教育支援システムが開発される。

開発されるシステムは、法創造教育を実現するために、プロブレムメソッドとケースメソッドを、そしてソクラティックメソッドとディスカッションメソッドをそれぞれ支援するとともに、その融合的利用を支援する。システムの構造は、大きく分けて、三つの部分からなる。すなわち、法的仮説ルール生成・検証システム、法的論争システム、そして E-learning システムである。

は(法律知識ベースを前提にして)法規と事実のギャップを埋める新しい法ルールを仮説的に生成しそれを検証するシステムであり、社会状況の複雑性や多様性に対応するより適切な法を創造するのに役立つ。は法的論争をシミュレートするシステムであり、論争の中で攻撃と防御を試み、主張や判断の妥当性を吟味するとともに、新しい着想を得るのに役立つ。われわれは論争の中に創造の糸口が見いだされると考える。は Web を通じて双方向のコミュニケーションを実現し、学生の自発的創造的学習を支援する。法学教育におけるIT活用の最も一般的部分である。これらの三つのサブシステムを総合するアプローチは、米国においてもまだないところの、全く独創的なもの

である。

システムの全体構造および各部分システムの内部構造と、その開発担当者の関係を分かりやすく示したのが、図2である。 的法的仮説ルール生成・検証システムは、法律知識ベースと仮説生成検証システムからなる。

法律知識ベースは、法的知識を登載した法的推論システムで、相談事例に対して法的判断を推論して導出し、その理由を示すものである。先の重点領域研究「法律エキスパートシステムの開発研究」で開発されたLES - 5をベースにそれを改良・発展させている(開発担当:吉野・桜井)。これに加えて、新しい法仮説ルールを生成するメカニズムとメタ知識を明らかにし、コンピュータに仮説生成と検証のシミュレーションを行わせようとするものである(開発担当:桜井)。この部分の研究も進んでいるが、今回の成果報告会では、準備と時間の関係で報告を省略する。

法的論争システムは、狭義の法的論争支援システムとソクラティックメソッド支援システムから成る。前者は主として学生間の論争をシミュレートし支援するものであり、模擬裁判や法律討論あるいは演習におけるディスカッションメソッドに利用されうる(開発担当:新田)。後者はソクラティックメソッドをシミュレートするもので、ソクラティックメソッドを用いる授業の準備と、授業外での学生によるソクラティックメソッドのシミュレートとを支援するものである(開発担当:吉野・桜井)。両者の原理と機能は共通するものがあり、相互補完的に利用可能である。

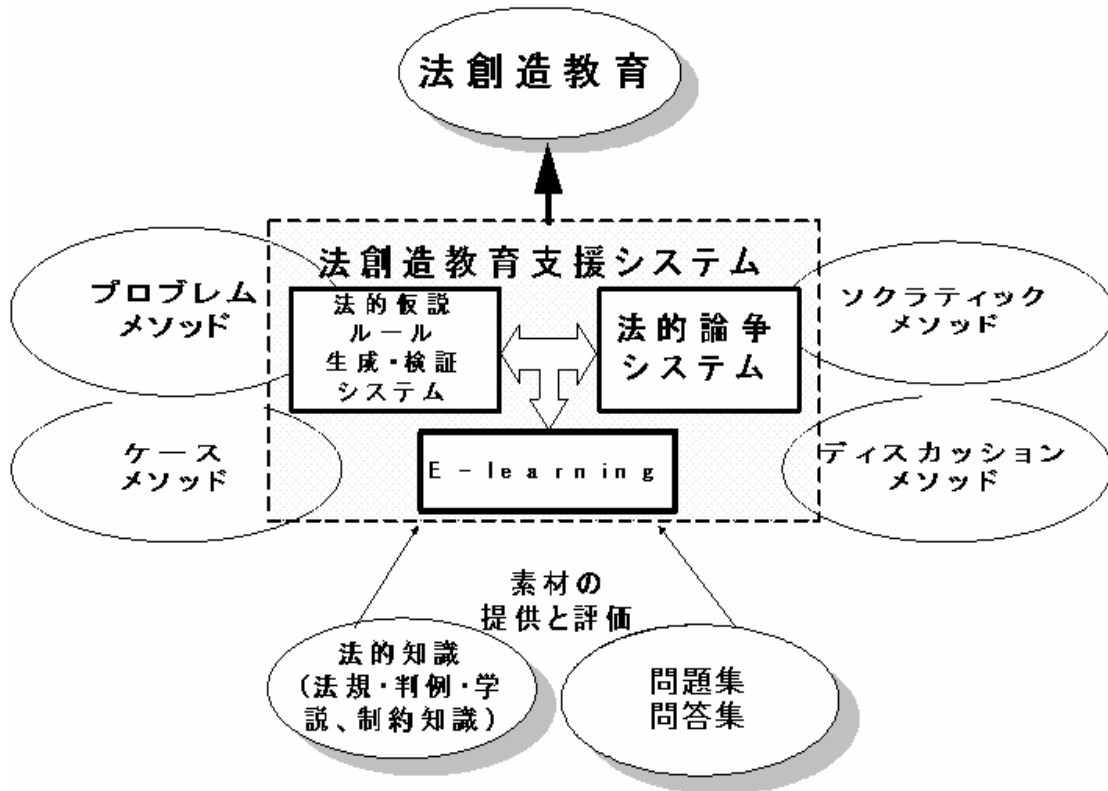
法律 e-learning システムは、上記二つのシステムの基盤あるいは前提として機能する。法律 e-learning システムは、e-learning システム一般に共通する機能を有するとともに、法学教育および学習に特化された機能をもつシス

テムである。それは、a)プラットフォームと b)コンテンツからなる。コンテンツは、b1)「法律データベースとWEB教材」の部分と法的論争システムのための b2)「問題集・問答集」からなる。これらのコンテンツは、 の内部でも有効に利用されうるが、 および のシステムでも用いることができる。

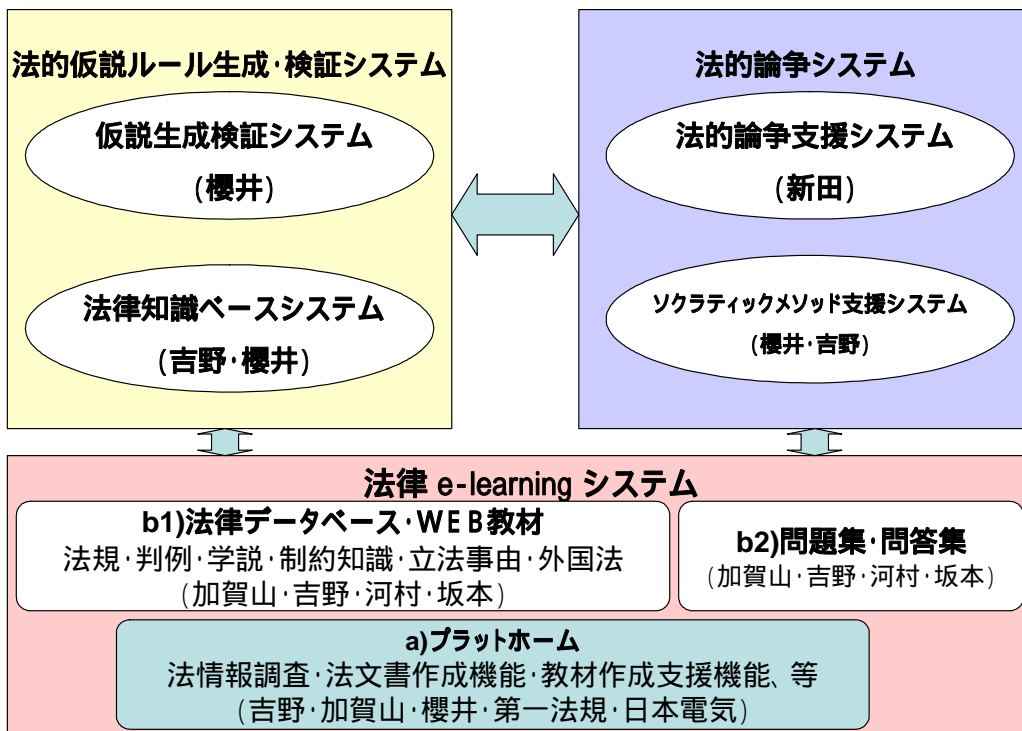
プラットフォームは、法科大学院あるいは法学部での法学教育のITによる支援の共通部分を構成する。この上に前述の「法創造教育」のためのサブシステムが乗る。このプラットフォームを、一般的名称を用いて、「法学教育支援システム」と呼ぶこともできよう。それは、法情報調査、法文書作成およびWEB教材作成を効果的に支援するものでなければならない。WEB教材としては文字情報ばかりでなく、例えば事例をリアルに表現するために、ビデオ等動画情報を有効に利用できる必要がある。また講義や模擬裁判あるいはロイヤリング等の授業あるいは実習を記録し放送する機能を有しなければならない。それは、教材ばかりでなく、講義要綱、シラバス、時間割、あるいは学校からのアナウンスメントを掲載でき、また教師と学生、学生同士のコミュニケーションを支援できるものでなければならない。われわれは、これらについて、従来のシステムに比べて、法学教育および学習のためにより便利で効果的な機能を付与しようと開発している(研究班から吉野一・加賀山茂・桜井成一郎が、協力企業として第一法規株式会社、日本電気株式会社が開発に参加)。

以上述べた部分システムの研究成果については、一部を除き、次章以下において、各開発研究担当者が報告する。

[図 1] 法創造教育方法と教育支援システム



[図 2] 法創造教育支援システムの構造と分担



プラットフォームとしての法学教育支援システムの開発

吉野 一 加賀山 茂 櫻井成一郎

明治学院大学法学部 名古屋大学大学院 東京工業大学大学院
yoshino@law.meijigakuin.ac.jp、kagayama@lilac.ocn.ne.jp、sakurai@cs.titech.ac.jp

市川 洋 工藤真澄

日本電気株式会社 第一法規株式会社
h-itikawa@ce.jp.nec.com、masumi.kudo@daiichihoki.com

Development of a Legal Education Support System as a Platform

Prof. Hajime Yoshino

(Director; Faculty of Law, Meiji Gakuin University),

Prof. Shigeru Kagayama

(School of Law, Nagoya University)

Prof. Seiichiro Sakurai

(Graduate School of Information Science and Engineering, Tokyo Institute of Technology)

Hiroshi Ichikawa (NEC Corporation), Masumi Kudo (Dai-ichi Hoki)

要 旨

平成14年度より、法学教育での利用を目指して、e-Learning システムをベースに、プラットフォームとしての法学教育支援システムの開発を行ってきた[1]。これを通じて明らかにした機能要件と利用方法について述べる。一般に、法学教育においては、法科大学院の設立等を背景にして、より実践的な教育に重点が置かれるようになってきた。

学生にとって、授業を受身の学習でなく、予習・復習を積極的に行うことが必要である。すなわち授業においては、課題に対するレポート作成、学生間のディスカッション、模擬法廷による訓練とその分析によるフィードバックなど授業に積極的に参加して、主体的な学習を行うことが求められる。

このような背景のもと、学生の心構えはもとより、予習段階でいつでもどこからでも必要な情報を効率的に収集・分析し、自らの意見を整理して、授業に臨めるような教育環境が必要である。これら法学教育環境で求められる機能として、以下の機能を抽出し、一部を除いて開発した。

情報の窓としての各種 Web アプリケーションへのシングル・サイン・オンを可能とする、ポータル機能、 いつどこからでも参加できる仮想教室としてのオンライン学習機能

(Learning Management System:以下 LMS という)、リーガルリサーチのための法令・判例データベース、教員の素材教材蓄積や学生が基礎学習を行うための教材データベース、デジタルビデオや動画・静止画からなるマルチメディア(以下MM)コンテンツを配信するためのコンテンツサーバ機能、及び学生がレポート、プレゼン資料等を蓄積し、ピア・レビュー(学生間批評)等に用いるための[2]Webコンテンツサーバ機能、コンテンツを特定多数の学生に公開可能で、コンテンツのコピーを防止するための著作権管理機能、教員や学生がビデオを含む MM コンテンツをウィザード形式で簡単に制作でき、コンテンツの暗号化やコンテンツサーバにアップロード可能な統合オーサリング機能、HTML 教材や問題を簡単に制作でき、ファイルの添付や法令判例データベースの URL 情報を取得しリンク情報を表示できる HTML 教材作成機能、模擬法廷や授業を遠隔地に放送すると共に、それらを収録し、Web コンテンツとして自動制作し、さらにサーバへの自動アップロードを可能とする放送型ライブ授業機能、模擬法廷の撮影・配信のためのAVの機能・TV会議機能。

Abstract

This paper describes requirements and functions of the Legal Education Support System as a platform based on e-Learning system in an effort to the actual application in a Legal Education {1} . In general, the legal education has started to put more emphasis on their practical approach with the establishment of law school in the background.

It is important for the students to play an active role in previewing and reviewing for the classes instead of standing on the passive side in studying. In other words, it is crucial for them to be proactive in studying, participate in classes with positive attitudes completing reports, having discussions among students, training in a moot court and analyzing the feedbacks.

To be able for students to keep themselves in these positive roles in studying, they need to be in an environment in which they can be well-prepared for the classes after completing the accurate collection and analysis of information, and organizing their own opinions at anytime and anywhere. We have developed the following functions as the key roles in these legal education environments.

the portal function in order to single-sign-on and accesses of the LMS(Learning Management System), the law & precedent database , the teaching material database and etc, the LMS function which the students can watch the contents when they have time, can discuss on BBS, and can report the homework or the questionnaires, as a virtual classroom, the database function which can access with easy between laws and judicial precedents, the database function which can have own teaching materials in common, the contents server function which can stream the multi-media contents consisted of a video and some texts, the digital rights management function for special majority students to be able to access to the contents, and also for preventing the copy of the contents, the integrated authoring function which the multi-media contents can be produced automatically when a teacher presses the space bar on the

keyboard to turn over the pages of teaching materials while speaking, those contents can be encapsulated and can be uploaded to the contents server, the html teaching materials authoring function which can produced with easy and can be linked to the laws and judicial precedents in the database by getting the URL information. the distance education function which can broadcast using the internet and can be recording ,authoring, uploading to the contents server for taking a class or a moot court, the audio visual function for taking a photograph of a moot court and the tele-conference function for a summons of a witness. We hope more teachers introduce this system into their classes, and then, this system will be bringing new perspective for law creation.

1. はじめに

1.1 e-Learning の潮流

最近、ブロードバンド化の拡大に伴い e-Learning への期待が極めて高まってきている。e-Learning の潮流は、主に二つの流れがある。一つは従来の遠隔教育(含:TV会議)、ビデオ・オン・デマンドの流れとして、インターネットを利用した遠隔教育である。もう一つは従来のCAI(Computer Assisted Instruction)の流れとして、自学自習型のコンピュータベーストレーニング(CBT)やWebベーストレーニング(WBT)である[3]。

法学教育へe-Learningを適用するに当たっては、予習・復習での利用が主体であり、後者(特にWebベーストレーニング)の適用が中心課題となる。教員が課題・演習問題・参考文献等をコンテンツとして整備し、LMS上で学生が閲覧できるようにしたり、法令・判例データベースを利用してリーガルリサーチが行えるようにすることが支援の重点となる。

模擬法廷において、海外や他大学の専門家に遠隔地から証人として参加してもらったり、裁判の状況を収録し、コンテンツとして制作することにより、他教室から模擬法廷の傍聴と分析を行う場合には一部、インターネット利用遠隔教育の適用の要素も含まれる。

e-Learning は、法学教育の予習・復習には欠かせない、時間や場所を乗り越えた学習環境を提供できる。この際、専用網(衛星通信、CATV、高速デジタル通信など)を使ってネットワークアプリケーションとして開始された遠隔教育が、公衆網(ATM、ギガビットイーサなど)を利用した、高速LANやADSL、FTTHなどブロードバンドネットワークの進展と共に、オンラインCAIや遠隔教育がいつでもどこからでも可能となってきた。

また、コンピュータの高性能化、コンパクト化によって、ビジュアルなMMコンテンツの提供や総合的な学習管理が容易になる。

ネットワーク中心、コンテンツを中心とした新しい教育スタイルは、Webを活用したネットワーク型教育として、時間フリー、場所フリー、ペースフリーの学習環境が提供できるようになり、まさに、重要と言われながら学習環境が整備されていないがために効率的に実施しにくかった、予習・復習が学生本人の意思さえあればネットワーク上で容易にできる。

一方、文部科学省では、大学設置基準において、従来、遠隔教育システム設置に当たっては面接授業を前提として映像音声双方向システムを義務付けていた。平成13年よりインターネット上での授業を遠隔授業として認める旨

大学設置基準を改正した。改正のポイントは、インターネットを使うことで、教員が添削指導や質疑応答など学生の求めに応じて対応するなど効果的な学習指導ができる体制が整っている場合には「遠隔授業」として認めるものである。この規制緩和に伴い教育現場での e-Learning の普及が確実に進展している。

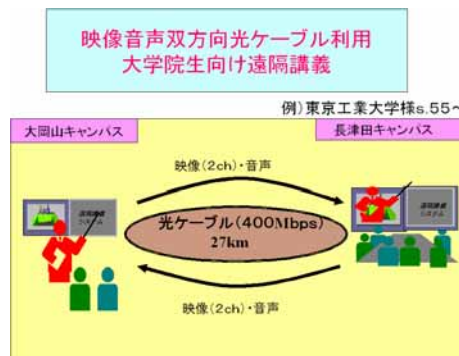
1.2 従来の遠隔教育や CAI から見た e-Learning システムの課題

上記で述べた e-Learning の記述を見ると、e-Learning の将来はバラ色に見える。しかしながら、水面下に問題点を内在させている。日本電気(以下 NEC)では、昭和 50 年代からユーザとの共同開発で遠隔教育システムや CAI の開発を実施してきた。それらの経験から、過去に開発したいくつかのシステムを例として e-Learning システム開発上の留意点について述べる。

1) 従来の遠隔教育システムの実績に基づく開発課題

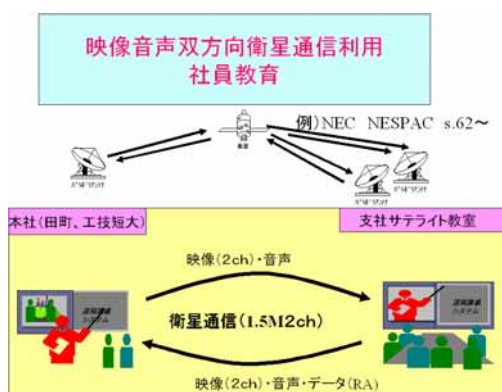
昭和 55 年、NEC は、東京工業大学様の大岡山キャンパスと長津田キャンパスを光ケーブルネット(400Mbps)で接続し、映像・音声双方向の遠隔講義システムの構築を担当している[4]。専用線とはいえ、現在のブロードバンドネットワークと何ら遜色は見あたらない。このシステムを構築するに当たっては、従来の講義スタイルを継承できるよう黒板を使った授業をカメラ撮影し伝送できるシステムとした。これにより、多くの教員が遠隔授業に対応できるというメリットを有しており、パワーポイントによる授業も有効だが、是非一部として残しておきたいものである。最近では、追尾式カメラにより、黒板の前を動く教員をカメラによる色センサーによって識別し、プリセットで教員をカメラが追従するシステムが出現している。法学教育において、

授業をコンテンツにする場合には教材の一部としての黒板撮影を是非とも継承できるようにしたい。



次に、昭和 62 年に NEC の社員教育用に導入した映像音声双方向の衛星通信を利用した遠隔教育システム(NESPAC)がある[5]。このシステムでは、多地点教室間において、講師と受講者の 3 方向教育コミュニケーションを充実させることを設計思想とした。すなわち、講師から受講者への講義の配信、受講者より講師への質問の受信、講師から受講者への回答のブロードキャストである。これにより、質問しがたい受講者も講師と質問者との質疑応答により理解を深めることができる。NESPAC では受講者の机の上に設置されたリクエストパッドと講師側に設置されたスタジオパッド(多地点教室のリクエストのモニターとリクエスト教室の選択)により実現している。e-Learning システムでは、掲示板機能やレポートの公開機能により、実現できる。但し、e-Learning では、非同期で授業が進行するため、教員と質問者、学生間の集中力が欠如し、教育コミュニケーションが十分に図れない問題がある。教員は、教育コーディネータとして、従来の授業以上に授業設計、教材の準備、学習指導に時間をかけることが必要である。しかしながら、これは大きなメリットをもたらす。従来の遠隔教育と異

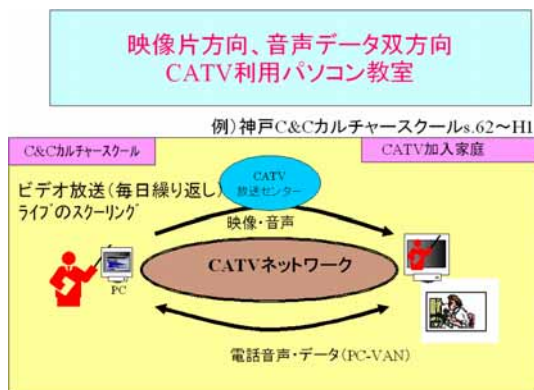
なり学生全体の学習情報を蓄積できるため、学習管理や授業へのフィードバックができ、一人ひとりのケアが可能となる。



3番目の事例は、映像片方向、音声・データ双方向のCATVを利用したパソコン教室である[6][7]。NECは、昭和62年に日本電気神戸システムセンターに、地域の人に開放された教室として「CATV利用カルチャースクール」を開設し、以来3年間、CATV、電話網、パソコン通信などのネットワークを利用したパソコンサービスの実験を実施した。ここでの運用では主婦を中心とした受講生にパソコンを貸し出し、CATVによる放送授業(1日に数回放映)と教室での補習授業(スクーリング)を一体化することで受講生の理解度促進を目指した。結果として、ほとんどの受講生はパソコンの入門講座において十分理解に達することを実証した。放送用コンテンツを制作する際、講師と受講生代表の2ショットで質問しながら教えることにより、わかりやすいコンテンツの制作を行うことができたが、コンテンツ制作にコストがかかりすぎたきらいがある。e-Learningの運用の際には、教員が簡単に制作できるオーサリングツールや授業の自動収録機能と自動コンテンツ制作機能を準備し、コストの内製化を図ることが必要不可欠である。このような経験から

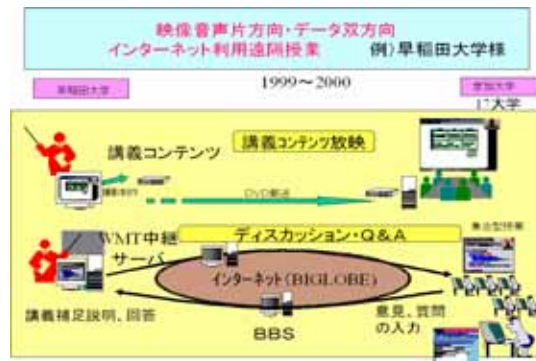
継承したいことは、学生の理解度向上やモチベーションを高めるために、教室授業とe-Learningを組み合わせるなどブレンディングによる授業設計を行うことを薦めたい。

また、e-Learningにおいては、コンテンツの著作権保護の課題がある。大学など非営利の教育機関によるコンテンツのWeb配信において複製(著作権法35条)は適用外となり、公衆送信権(同24条)が適用され、使用許諾、使用料が必要となる。なお、CD-ROMによる配布は、無許諾、無償利用も可能であるが学習者が多人数の場合、適用を受けられるのはレアケースとなる。一方、近々の法令改正により、非営利の教育機関において、ライブの遠隔授業での資料提示(提示教材の蓄積は不可)に限定で無許諾、無償利用が許可される予定である。もちろん、営利の教育機関においては、使用許諾及び使用料が必要となり、特に無償で使用許諾の取得は困難である。従ってe-Learning mpのデジタル教材では電子的に権利管理を行うシステム(DRM: Digital Rights Management)の導入によって、使用許諾のみで無償利用できるようにすることが望ましい。特に、法学教育においては、教員による提示教材で市販の教材(たとえば判例)を利用する場面が多いことから必要不可欠である[8]。



4番目の事例として、平成11年から3ヵ年、産学協同で開催された早稲田大学様デジタル・キャンパス・コンソーシアムの当初に実験授業に参画した際の、映像音声片方向・データ双方向のインターネット利用遠隔授業を紹介する。この授業では講義コンテンツをDVDに収録し、参加した17大学に事前に郵送した上で、教員によるライブの補足授業や質問への回答と各遠隔教室でのコンテンツの視聴や電子掲示板(BBS)への意見や質問の書き込みを行うものである[9][10]。この授業ではDVDコンテンツがMPEG2で作成されているため、良質のコンテンツを学生に提供できるが、ディリバリや媒体毎のコンテンツの正常動作の確認に工数を要した。結局、3年目にインターネット上での授業を遠隔授業として認める、大学設置基準の改正に伴い、インターネット・オンデマンド授業に移行した。このような実証経験から、e-Learningにおけるオンデマンド配信の有効性が確認されている。なお、Webコンテンツの使用許諾処理は、手順書を作り、一つひとつ実行された。この手間は、著作権法が緩和されない限り、オンデマンド配信を行う場合やむを得ないものであり、地道に使用許諾を取る必要がある。逆に、教員がオリジナルのコンテンツを作る場合にも、長い時間をかけて、

コンテンツを地道に準備することが必要である。



2) 従来のCAIシステムの実績に基づく開発課題

NECは従来、教材設計技法としてのISM(Interpretive Structural Modeling)教材構造化技法[11]やCAI総合教育システムPCSCAI[12]を開発し社内利用も含めて、顧客に提供してきた。それなりの効果はあったが、反省として、顧客及びSE共に専門家同士の集団で開発してきたことにより、教材の品質に力点をおかれ、複雑なコンテンツを作ってきた感がある。そのため、コストや手間が発生し、限られた顧客の利用に限定され、コンテンツの数も自ずから限定された。現在のe-LearningでのCAI的利用(個別学習)においては、オーサリング技術も飛躍的に進歩し効率的に制作可能となったが、教員やステューデント・スタッフがコンテンツを内製化によって制作し、コスト軽減を行うとすれば、簡易型のコンテンツをつくり、ライブ授業での学生指導によって補完していくことが必要である。

このためには、コンテンツの制作において、LMSとの連動でSCORM対応を行うことが望ましい。特に、近々に標準化されるSCORM1.3においては、SCORM1.2までの問題点であった、教材実行時動作(シークエンシング)の記述不可、GUIの記述不可などが解消され、学

習結果、成績に応じた学習内容の分岐などのルール(シンプルシーケンシング)が標準化される。これは、法学教育の予習用教材を制作する上で極めて有効である。オーサリングツール開発に当たっては、SCORM1.3に準拠すべきであろう。

1.3 法学教育向け新規開発課題

法学教育においては、辞書として、法令集や判例集を多様な角度から検索できるエンジンを準備することが学習者の予習・復習の効率化を図る上で有効である。図書館で同一の課題に対して、待ち行列で判例等を調査するのは容易ではない。Web版で法令と判例を横断的に検索できる検索エンジンを構築することは極めて重要である。また、例えば約16万件収録された判例データベースを個人が蔵書として購入することは極めてまれである。

その他、法学教育では、法的事実の真偽を仮定することで原告側と被告側の相異なる結論を導くための推論システムなど利用可能なコンピュータアプリケーションソフトはさまざま存在する。そこで、Webアプリケーションを前提と

して、e-Learningシステムだけでなく、各種アプリケーションとシングル・サイン・オンでリンクできるポータルを開発することは、プラットフォームとして重要である。

2. 法学教育支援システムの機能

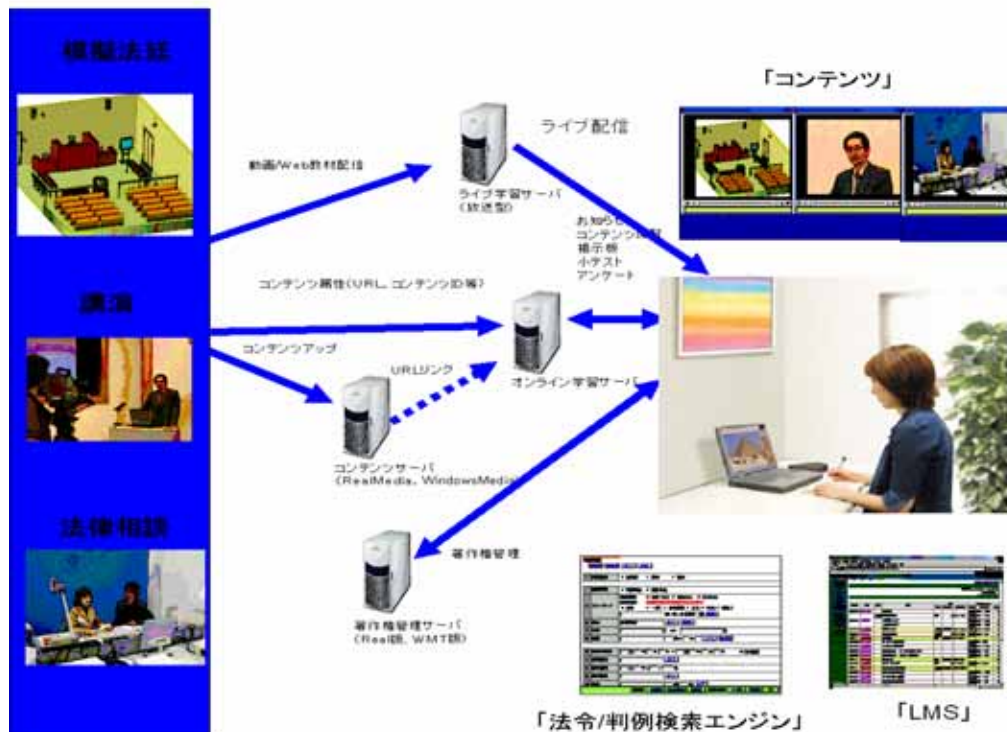
前述したe-Learningにおける開発課題や運用条件を踏まえて、法学教育支援システムの機能要件を定義した。

2.0 システムコンセプト

法学教育においてより実践的な教育を促進するために、学生が予習・復習を効果的に行い、授業に臨むことを目指して、必要なコンテンツを整備し、ネットワークを介して、いつでもどこからでもオンデマンドでアクセスできるようにする。それらコンテンツとしては、教員による課題やレジюмеを記述したHTML教材、講義録・模擬法廷・法律相談演習などを収録したMMコンテンツ、法令・判例データベースである。

更に、協調学習に向けて、電子掲示板でのディスカッションやレポートの学生間批評がネットワーク上でできるようにする。

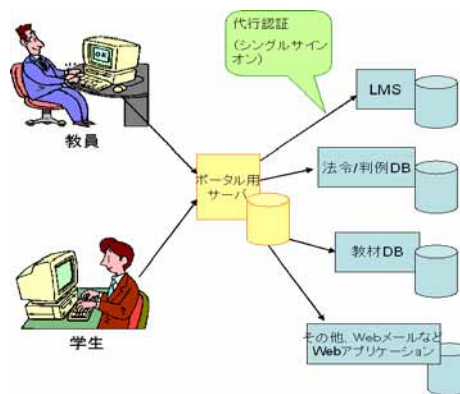
法学教育支援システムのコンセプト



2.1 ポータル機能

ポータル機能は、教員/学生個々の権限によってアクセスできるサイトを設定できる。各サイトとのリンクに当たっては1回目の認証は、従来どおりの個々の ID、パスワードの利用を必要とする。2 回目以降はシングル・サイン・オンにて認証することが可能となる。

各サイトとしては、オンライン学習管理のための LMS、リーガルリサーチのための法令/判例データベース、教員の教材を格納する教材データベースへのログイン認証をシングル・サイン・オンにて実現可能とする。その他、遠隔地や別の教室からの受講を可能とするログイン画面へのリンクや法創造教育に関する Web アプリケーションへのリンクも可能となる。



ポータルの利用イメージ

ポータルシステムのイメージ



特に、LMS との連携においては、シングル・サイン・オン以外に時間割表示画面より科目別講義一覧画面へのリンク、学生の履修科目との連動が可能となる。

ポータルでの時間割機能

2001 2002年		1 2 3 4 5 6月		2003年7月		8 9 10 11 12月		2004 2005年	
月曜日	火曜日	水曜日	木曜日	金曜日	土曜日	日曜日	月曜日	火曜日	水曜日
第30週	31	1	2	3	4	5			
第26週			15:00 会議 19:00 常設海陸						
第6週	7	8	9	10	11	12			
第27週	10:00 会議 19:00 常設海陸	10:00 会議 19:00 常設海陸	10:00 会議 13:00 40分会議室 19:00 常設海陸	10:00 会議 13:00 40分会議室 19:00 常設海陸			終日 パーベキュー		
第13週	14	15	16	17	18	19			
第20週	21	22	23	24	25	26			
第27週	28	29	30	31	1	2			

2.2 オンライン学習管理機能(LMS)

本機能では、ポータルとの連動でシングル・サイン・オンにてログインすることにより、お知らせの確認、表示された履修科目の中から科目選択を行い、講義一覧を表示する。講義一覧画面において、オンデマンドによる学習コンテンツの視聴、電子掲示板によるディスカッション、レポート提出、小テスト、アンケート提出が可能である。なお、LMS の SCORM 機能は、コンテンツのシーケンシングの利用が重要なため、SCORM1.3の標準化が成立しだい、対応する予定である。機能としては、コンテンツ階層構造を管理するコンテンツアプリケーション管理機能、教材実行時の動作を管理するシーケンシング機能、ランタイム環境(LMS が SCORM 対応コンテンツ SCO など起動する仕組み、SCO と LMS がやり取りするデータモデル)を実現する。

また、オンライン学習管理機能では、教員、学生それぞれの権限により、利用可能な機能が異なるようにする。下記に権限毎の機能一覧を示す。

オンライン学習管理機能の画面イメージ



LMS 操作権一覧

		操作権有り		操作権一部		x 操作権なし	
科目担当教員	講義担当教員	学生	機能	機能	操作	機能	操作
各科目の機能							
	x	x	科目情報設定		編集		
		x	講義コンテンツ登		作成・修正・削除		
		x	講義情報設定		追加(CSVのみ)・修正・削除		
		x	テーマ(章)情報設定		追加・編集・削除		
		x	レポート管理		作成・修正・削除		
		x	アンケート管理		作成・修正・削除		
		x	小テスト管理		作成・修正・削除		
		x	学習状況		-		
		x	掲示板		-		
		x	レスポンスアナライザ管理		登録・修正・削除		
x	x	x	TA登録		登録・削除		
x	x	x	利用者登録		登録		
お知らせ管理機能							
		x	お知らせ管理(担当科目)		作成・修正・削除		
受講者用機能							
			お知らせ		参照		
			本人プロフィール		参照・修正		
			本人パスワード		修正		
			アンケート		回答・結果参照		
			小テスト		回答・結果参照		
			レポート画面/提出		提出・結果参照・コメント		
			レスポンスアナライザ		回答・結果参照		
			掲示板		投稿・参照		
			コンテンツ再生		再生		
			バックナンバー再		再生		
			学習履歴		参照		
			ヘルプ		参照		
			質問用掲示板		投稿・参照		

2.3 法令・判例データベース

ポータルからのシングル・サイン・オンでログインし、Web ベースで法令データベース(法律、政・省令、規則、条約等)、判例データベース(判例書誌情報、要旨情報、本文情報等)を収録し、これらは相互リンクし、法令と判例とを横断的に検索することが可能となるものである。これにより学生が教員から提示された課題やレジュメに対して、迅速にリーガルリサーチを行うことができる。また、教員に対しては、コンテンツ制作を行う際、HTML教材作成ツールより、法令・判例データベースの検索画面とリンクでき、検索結果の URL 情報を生成することができる。これにより制作されたコンテンツは学生が Web 上で最初から検索し直さなくても、直接、教員より提示された法令・判例を参照でき、さらに関連して閲覧したい情報を参照することも可能となる。

法令データベースの検索画面



法令データベースの検索結果画面



判例データベースの検索画面



判例データベースの検索結果画面



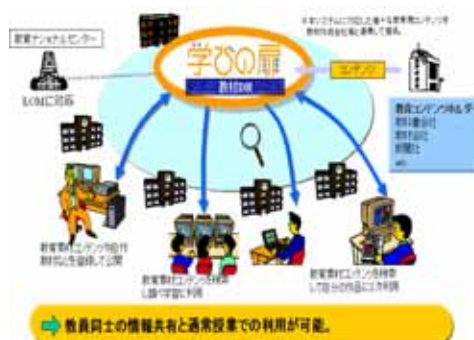
2.4 教材データベース

教材データベースは、主に教員がコンテンツ制作のための素材教材を蓄積し、必要に応じて検索して使うものである。一般性のある素材教材は、教員間で共有化し、学内コンテンツの流通を図ることが可能である。

また、学生に対しては、基礎学力として必要なコンテンツや書式集などの市販のコンテンツを購入し、学生に利用させるようなことも可能となる。

検索方法としては、まずシングル・サイン・オンでログインし、キーワード検索など簡易な操作で必要とするコンテンツを検索することができる。また、登録も Web ブラウザ上からドラッグ・アンド・ドロップで簡単にできるようにしたものである。

教材データベースの利用イメージ



教材データベースの検索画面



教材データベースの登録画面



2.5 コンテンツサーバ機能

コンテンツサーバ機能は、教員用と学生用に分ける。教員用はストリーミングサーバ(ここでは、放送型ライブ授業機能で生成されるコンテンツが Windows Media Player で再生可能なため Windows Media サーバを採用した)と Web サーバで構成される。

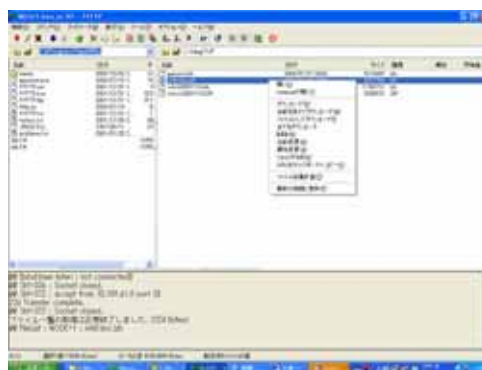
学生用には、データ容量を軽減するため Web サーバのみ採用する予定である。データ量の少ないMMコンテンツ(例えばオーディオのみ)であれば、ダウンロードによるコンテンツの取得と再生は可能である。

ストリーム配信可能なMMコンテンツは、統合オーサリングツールでコンテンツサーバに簡単にアップロードすることが可能である。また、放送型ライブ授業機能では自動的にアップロードできる。

HTML の教材やレポートについては、フリーの FTP ツールを使って、アップロードし、その URL 情報を LMS に登録する。

下記にその FTP ツールにより、ドラッグ・アンド・ドロップでサーバへアップロードするイメージを示す。URL 情報は、ツール操作で可能であるので把握したパスを ftp:// から http:// に変換するだけで良い。

フリーの FTP ツールによるサーバへのアップロードの例



2.6 著作権管理機能

著作権管理機能は、マルチメディアの Web コンテンツ(動画、静止画、テキスト)を暗号化及びカプセル化することで、インターネット上の多地点からの当該データのアクセス要求に対して、履修登録した学生のみ、コンテンツの復号及び再生が可能となる。また、多数の学生が再生したコンテンツの複写をできないようにすることができる。

著作権管理機能: 処理フロー



本機能は現在、動画及び静止画で構成されるMMコンテンツを対象に開発した。主なサブ機能としては下記のものがある。

暗号化機能

動画データ、静止画データ等マルチメディアデータを個々のフォルダ単位に暗号化する。この際、データファイルの属性(タイトル、作

成者)の入力、名称の指定、暗号キーや復号キーの生成、復号キー発行のための利用条件の設定やチケットファイルの生成等が可能である。

著作権管理サーバ機能

暗号化/カプセル化されたデータを同時にストリーム配信できるサーバ機能を有する。この際、復号キーは、セッション毎に異なることも可能である。各クライアントからのアクセス要求に対しては、公開鍵証明書を生成、発行、破棄できる PKI 機能を有する。また、履修条件に合わせて、利用許諾の可否を判定し、クライアントに対してチケットを発行するライセンス管理機能を有する。

著作権管理クライアント機能

サーバ上の暗号化・カプセル化データの同時アクセスにより、アカウントの入力、公開鍵の取得、データのダウンロードと復号、及びデータの再生を自動的に行うことができる。この際、画面のスクリーンキャプチャーを防止できる。

今後は、SCORM 対応に伴い、構造化されたコンテンツや HTML 教材の暗号化も必要になるので、標準化した時点で更なるバージョンアップが必要である。また、現在ではコンテンツ毎に、利用許諾を得るための ID、パスワードの入力が必要となる。但し、同一コンテンツを一定時間内に再生するときには、ID、パスワードの入力は必要ない。上記バージョンアップと合わせて、LMS にログインした学生はコンテンツ再生の際、再度ログインしなくても済むように改善したい。

2.7 統合オーサリング機能

統合オーサリング機能は、動画、静止画又は動画のみのコンテンツをウィザード形式で手順に従って操作することにより、簡単にコンテ

ンツの制作ができ、その延長上で著作権管理機能のコンテンツ暗号化機能が組み込まれたもので、更に、コンテンツサーバへのアップロードも可能である。本ツールには、SCORM 対応へのバージョンアップを考慮して、次に述べる HTML 教材作成機能も組込む予定である。



主なサブ機能としては下記のものがある。

プレビュー機能

講義を行う前に、ビデオキャプチャーボードのドライバを選定し、動画が正常にキャプチャーされているかをプレビューすることができる。

MMコンテンツ自動合成機能

コンテンツ名など属性データを入力し、Windows Media 又は、Real Media の選定、テンプレート(MM コンテンツ、動画等のレイアウト)・ストリーム配信のビットレート・動画サイズ(解像度は同等)の選択、パワーポイント提示教材やタイトルの選定等により、収録が開始される。スペースキーを押しながら提示教材を切り替えて講義を進めることにより、コンテンツの自動生成と再生確認ができる。

HTMLオーサリング機能

自動合成機能で作成したMMコンテンツの編集ができる。

提示教材を滑らかに切り替えられるようにするための先読みファイルの追加機能、提示教材の差し替え、学生がノートを取るためのメモ帳の追加機能等 HTML ベースの編集ができる。

暗号化機能

MM コンテンツの暗号/カプセル化を行う。

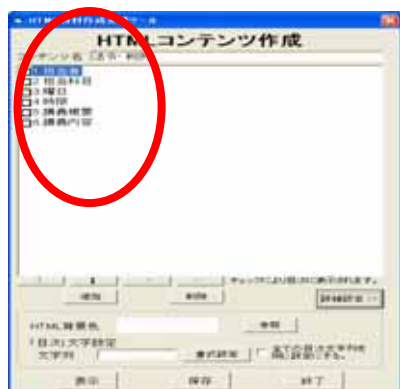
FTP機能

MM コンテンツ又はカプセルコンテンツをコンテンツサーバに登録する機能である。MM コンテンツは、ストリーミング配信で必要となる登録先の URL 情報で動画ファイルにコンパイルしてコンテンツサーバにファイル転送を行う機能である。カプセルコンテンツの場合には、著作権管理サーバへの動画の復号化に必要な暗号鍵の登録及びコンテンツサーバへのカプセルのファイル転送を行うことができる。これにより、受信端末では履修登録等権限をもった学生のみ再生でき、かつ提示教材のコピーができないようにすることができる。

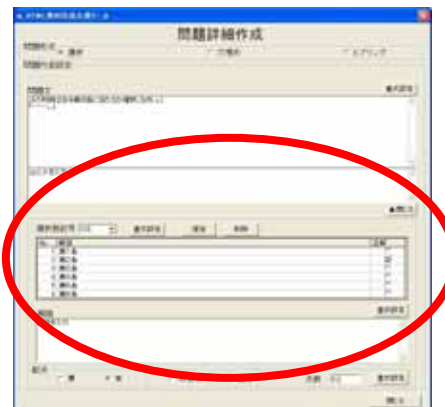
2.8 HTML 教材作成機能

本機能は、教員や学生がテキストベースでの HTML コンテンツの制作を簡易にできるツールである。本ツールには以下の機能を含む。

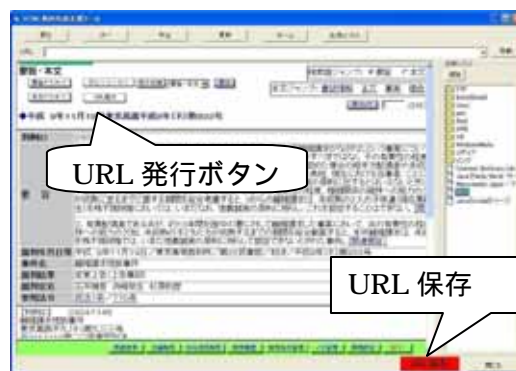
項目内容が制作者毎に任意に設定可能な機能を有する。実際には、何種類か標準フォーマットを準備して選択できるようにする。



理解テスト等が作成できる問題作成機能を有する。問題形式は、選択 (単一又は複数)、穴埋めの2種類にした。

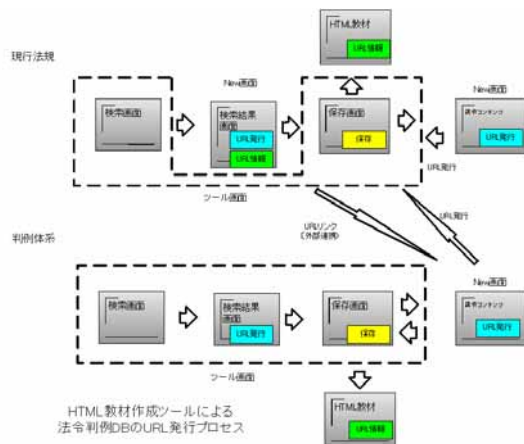


法令/判例データベースに対して直接リンクできる機能を有する。

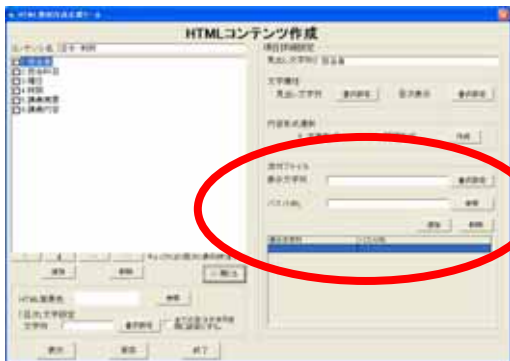


本機能の利用時の URL 発行プロセスは下記のとおりである。ツールより法令又は判例の URL メニューを選択すると法令データベース又は判例データベースの検索画面にログインできる。

キーワード等により検索できたら、URL 発行を押下する。次に、URL 保存ボタンを押下すると、ツール上で起動しているコンテンツに URL 情報が添付される。保存ボタンを押下する前に検索結果の詳細画面を確認してから保存することも可能である。



Word、PowerPoint などの教材を資料として添付できる機能を有する。



2.9 放送型ライブ授業機能

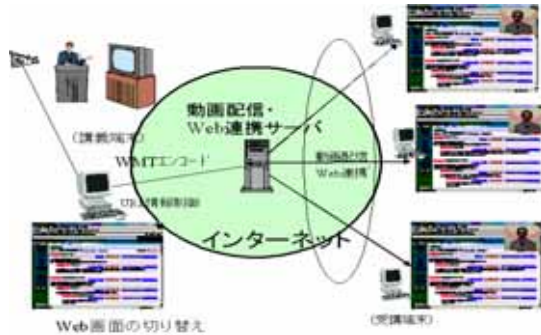
放送型ライブ授業機能は、講義端末より、サーバを介して複数受講端末に対して、動画像や Web 教材を自動的に送受信できるものである。本機能は、講義端末より、各受講端末のアプリケーションの起動制御や講義スケジュールの管理が可能である。

次に、講義端末より配信した動画と Web 情報は、サーバを介して、多数の受講端末に一斉に送信することもできる。

更に、動画像と共に講義端末上で動作するブラウザがアクセスした URL 情報を、サーバを介して多数の受講端末に送信することもできる。個々の講義端末は、URL 情報を元にブラウザ上に表示することが可能である。この際、ファイアーウォールで保護された外部に存在するサ

ーバに対しても URL 情報の送受信が可能である。

放送型ライブ授業機能のイメージ



また、ライブ授業の間に配信ビデオを ASF ファイルとして、同時収録し、授業終了後に予め指定されたテンプレートでコンテンツを自動的に生成し、コンテンツサーバへの自動アップロードが可能である。これにより、講義スケジュールの登録、並びにアップロード後にコンテンツ属性 (URL 情報など) をリンク情報として LMS に登録するのみでコンテンツの閲覧ができ、かなりの運用負荷を軽減できる。

主な機能は下記のとおりである。

ワークグループ管理機能

端末側及びサーバ側に実装される機能であり、1つは指定された受講端末のアプリケーション (ワークグループ管理クライアント) を起動することができる。更に、Web 連携機能やビデオ連携機能を共有するワークグループの作成、削除を行う機能を有する。

また、Web 連携機能での配信クライアントのアドレス解決やビデオ連携機能での映像送信権の切替えを行うことも可能である。

Web連携機能

端末側及びサーバ側に実装される機能であり、講義端末のインターネットエクスプローラに表示される URL 情報をサーバ経由で、受講端末に送信し、受講端末上のインターネットエクスプローラに、講義端末と同一の Web 画面

を表示することができる。この際、通信プロトコルは HTTP プロトコルを使用しファイアウォールの通過を可能とする。

ビデオ連携機能

端末側(Windows メディアエンコーダ)、及びサーバ側(Windows メディアサービス)に実装される機能であり、講義端末から送出されるビデオデータをサーバ経由で受講端末へ送信する。

ビデオエージェント機能

サーバ側に実装される機能であり、Windows メディアエンコーダ、Windows メディアサービスの間に位置し、映像送信権の切替えやビデオストリームの中継を行う機能である。ビデオエージェントがビデオストリームの中継することにより、メディアサービスの公開ポイントを特定でき、メディアエンコーダの切替えをシームレスに行うことができる。

収録機能

MM コンテンツ制作のための動画(ASF ファイル)及び Web の静止画ファイルとその切り替えのタイムコードの収録ができる。

自動オーサリング機能

講義スケジュールで登録したコンテンツ録画情報に基づき、収録された ASF ファイルよりコンテンツを自動的に生成する。コンテンツのテンプレートは、動画のみ、講義端末の画面をキャプチャリングするデスクトップエンコード、動画と Web 教材の3種類である。

自動アップロード機能

自動生成されたコンテンツは、コンテンツサーバに自動的にFTPでアップロードされ、そのソースファイルを指定のサーバに FTP 又は NET BIOS のプロトコルで共有フォルダーにバックアップできる。更に、アップロード後、講義端末の自動停止も可能である。

放送型ライブ授業機能

コンテンツ自動制作のフロー



2.10 AV機能・TV会議機能

本機能が対象とするのは、模擬法廷における AV 設備と遠隔地とを結ぶ TV 会議システム並びに放送型ライブ授業での講義又は受講の撮影や表示のための AV 設備である。

1) 模擬法廷設備

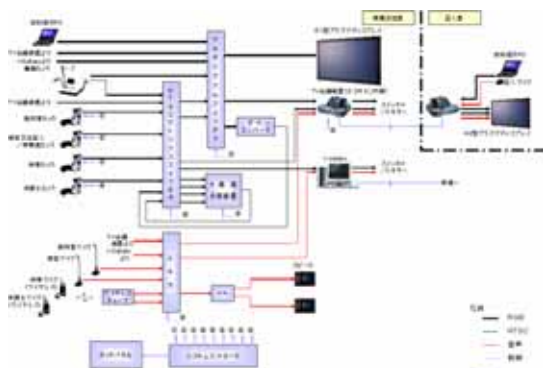
本設備は、裁判官 / 弁護士・被告 / 検事 / 証人の映像と音声、並びに書画又は PC 画面をプロジェクタに投影すると共に、遠隔地の証人喚問ができるものである。さらに、上記のうち4つの映像を1画面に画面合成し(4画面合成)、音声をミックスして、放送型ライブ授業端末を介して他教室へ配信したり、その端末でビデオ素材を収録できる。更に、収録したビデオ素材をコンテンツ化して、サーバに自動アップロードできる。これにより、後日、模擬法廷でのやり取りを分析して、次回の模擬法廷のやり取りの参考にすることができる。

2) 放送型ライブ授業用教室設備

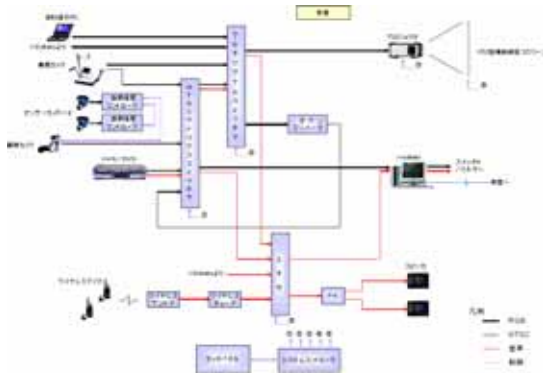
本設備は、追尾式カメラを使用して黒板での講義を多地点に一斉放送できるための AV 機器である。また、模擬法廷の実況中継を受信して、プロジェクタに投影し、傍聴することができる。以下、それぞれの設備のイメージを示す。追尾式カメラは、小型カメラを色センサーとして使用し、黒板の範囲に縦に4から8個のセンサーマークを閾値として設け、そこを教員

が通過するとカメラコントロール装置が起動し、プリセットされた位置にカメラ雲台を回転させるものである。

模擬法廷の機器構成イメージ



放送型ライブ授業用教室の 機器構成イメージ(追尾カメラ使用)



3. 実現した機能

平成16年3月までに実現する機能は、下記のとおりである。

オンライン学習管理機能、法令・判例データベース、教材データベース、コンテンツサーバ機能(教員用)、統合オーサリング機能、HTML教材作成機能、放送型ライブ授業機能である。プラットフォームのコアとなるこれらの機能は、整備されてきた。残りのポータル機能、コンテンツサーバ(学生用)著作権管理機能、AV機能・TV会議の内、とはプロトタイプとして開発途中であり、ほ

ぼ実現の見通しは立っている。実現した機能は、平成16年度より法科大学院等で試験的に運用していく予定である。

4. まとめ

本報では、実践教育の促進を目指して、法学教育に適合する e-Learning システム、すなわち法学教育支援システムについて、その機能要件を明らかにした。この過程では、長年の研究開発経験で培った法学教育や遠隔教育システム等のノウハウを活用して、多くの教員が気軽に利用でき、かつ労力をできる限り軽減できることを考慮した。そして、中核となる機能はほぼ開発を済ませることができた。今後は、多くの教員や学生に利用してもらい、教員の指導力の更なる向上、学生一人ひとりが積極的に学習の場で活用されることが期待される。これにより、システムの更なる発展があることを確信している。

最後に、昼夜に及ぶ研究開発活動にご配慮を賜った、吉野和子氏、コンテンツ制作に関してオーサリングツールの試験評価にご協力いただいた明治学院大学 宇津井祐介氏、市川均氏、研究開発の調整窓口を努めていただいた第一法規 竹下雄之氏、NEC 工藤裕司氏、中心となってシステム構築に従事していただいた鈴木栄氏、システム開発に協力いただいたNEC 向笠秀治氏に深く感謝します。

<参考文献>

- [1] 吉野, “法創造教育支援システムの全体像”, 法創造教育研究会成果報告会シンポジウム, 2004-3.
- [2] 池尾, “社会科学系教育とピア・レビュー(学生間批評) - ネットワークツールを利用して - ”, コンピュータ & エデュケーション

ン,Vol.13,2002.

- [3] 市川, "インターネット利用遠隔教育システムの現状と課題", 2001C&C ユーザフォーラム配布資料、東京ビックサイト, 2001-12.
- [4] 是松、池田、伊達, "映像双方向光ケーブル利用遠隔講義システム - 東京工業大学の場合 - ", NEC 技法, Vol.41, No.10, pp152-156, 1988-10.
- [5] 白鳥, "映像双方向衛星利用遠隔教育システム「NEC サテライト教育システム」", NEC 技法, Vol.41, No.10, pp139-146, 1988-10.
- [6] 市川, "CATV 利用参加型地域生涯教育システム", (社)電子情報通信学会、ET-88-4, PP27-30, 1988.
- [7] 市川, "C&C カルチャースクール-神戸西神地域におけるネットワーク型パソコン教室-", Vol.43, No5, pp75-79, 1990.
- [8] 中江, 市川, 他, "e-Learning システムにおける権利保護", 情処研報, Vol.2001, No85, 2001-9.
- [9] 市川 (報告者), "早稲田大学デジタル・キャンパス・コンソーシアム 1999年度報告会-ネットワーク型授業プロジェクト-", 2000-3.
- [10] 松岡, "早稲田大学デジタル革命-検証ネットワーク型授業", 株式会社アルク, pp208-272, 2003-3.
- [11] 千村, 永井, 佐藤, "教材設計技法", NEC 技法, Vol.41, No.10, pp23-27, 1988-10.
- [12] 小荒井、他, "CAI 総合教育システム PC SCAI", NEC 技法, Vol.41, No.10, pp37-40, 1988-10.

関連情報を用いた法令検索システムの開発

金井 貴

北陸先端科学技術大学院大学 知識科学研究科

E-mail kanai@jaist.ac.jp

1. はじめに

近年の IT 技術の普及はめざましいものがあり、法学教育においても IT 技術の導入が徐々に浸透しつつある。法学教育において最もよく用いられている IT 技術としては、法令および判例の検索があげられるが、従来の情報検索手法では良い検索結果を得るために適切なキーワードを吟味して入力しなければならないという問題が指摘されている。また多くの検索システムでは複数のキーワードを用いて複雑な論理式風の検索文を使用することができるが、利用方法が類雑等の理由であり用いられていない。そこで本報告では法学学習者、実務家および法学研究者等が検索したい内容を含む文章をマウスで範囲指定することで、関連する法令や判例等法律関連コンテンツを検索することができる情報検索手法を提案する。現在開発中のシステムでは文章をマウスで範囲指定するのみで文章から検索に適したキーワードを自動生成し、また生成されたキーワードと AND, OR, NOT 等を組み合わせた検索文を自動生成することで、既存の情報検索システムを活用可能でかつ検索の利便性を向上させることを目指し研究を行っている。また既存の情報検索システムのフロントエンドとして本報告で提案するシステムを用いることにより、従来のデータベースをそのまま用いることができ、かつ自動生成された検索文を用

いて効率的かつ精度の高い情報検索を行うことができる。

2. 関連情報を用いた法令検索システムの開発

本節ではこれまで行った研究のうち検索文生成技術の開発、情報検索支援システムインタフェースの開発、および法令検索エンジンの構築についてその概略を述べる。

法令検索システムは法令検索支援インタフェース、法令データベース、法令検索エンジンの3モジュールから構成される。ユーザは法令検索システムユーザインタフェースを用い、法律関連情報を関連文書としてマウスで選択する。次にコンテキストメニューから法令検索を指示すると関連文書中から検索に適すると思われるキーワードを抽出する。ユーザは提示されたキーワードから実際検索に用いるキーワードを選択し、法令検索エンジンを用いて法令の検索を行う。この検索プロセスにおいてキーボードを使用することなく検索を行え、かつ検索キーワードの絞り込みを計算機により自動的に行うため検索精度の向上が期待できる。

本研究で提案する法令検索システムは、本年度末までにマウスのみを用いた情報検索支援システムに関してはプロトタイプを稼働する予定であり、来年度にはプロトタイプシステムを用いて予備実験を行う予定である。

2. 1 検索文生成技術の開発

本研究では法律関連コンテンツの検索支援システムとしての利用を目的としているため、まず初めに法律分野における単語の出現頻度や偏りに関する情報等の統計情報の収集を行った。広範囲の分野における単語の出現頻度や偏りに関する情報等の統計情報等の収集データとして、第一法規出版が販売している現行法規 CD-ROM から第一法規出版の許可を得て、第6編民事編のテキストデータを抽出し、法令テキストの分析に用いることとした。使用した第一法規出版の現行法規 CD-ROM には2003年4月までに施行されている法令すべてが収録されており、第6編 民事編だけでも410の法令が収録されている。そのため民事法に関する広範囲のテキスト情報と考えると問題は無いと考えられる。

次に本研究以前に開発された関連文書による情報検索支援システム[1][2][3][4]の検証を行い、法律検索エンジンに関連文書を用いた情報検索を適用した際の問題点を検証した。すでに開発済みの情報検索支援システムでは、一般の Web 上にある情報を検索することを念頭に置いて、Web 情報に関するメタ情報を基に検索キーワードの自動抽出および検索式の自動生成を行っている。検証の結果、本研究以前に構築された関連文書を用いた情報検索エンジンでは検索の再現率のが高いが、検索の精度に関してはばらつきがあることが明らかになった。そのため本研究で開発する情報検索支援システムでは再現率よりも精度を向上させる手法を開発する必要があることがわかった。そこで北陸先端科学技術大学院大学の学生に対して検索エンジンの使用方法についてインタビューを行い、検索エンジンのユー

ザがどのように検索精度をあげているのかを調査した。インタビューの結果として、一般に2から3語のキーワードを用いた AND 検索で検索を行っており、検索キーワードには複数の基本的な単語からなる複合語を用いることで検索精度が向上することがわかった。このインタビュー結果を基に、単語をスペースで分けて検索した検索結果と複合語をそのまま用いた場合の Google における検索結果を比較したところ検索結果が異なることが確認され、一般に複合語を用いた検索の方が経験的に検索精度が高いことがわかった。そこで本研究では関連文書から複合語を取り出して検索キーワードとして用いることにより、検索精度の向上を計ることとした。

しかし複合語を検索キーワードとして用いたところ、多くの法律概念等の専門用語は計算機の辞書に含まれていないため、専門用語の多くを複合語キーワードとして認識することができないことがわかった。そこで既存の字句解析エンジン Chasen を基に単語の品詞と単語の前後関係から複合語を推定するアルゴリズムを開発した。また複合語はあらかじめ作成した辞書に現れないため複合語を検索キーワードとして用いることの良否が推定できないという問題があるが、複合語の検索キーワードとしての良否を判定する方法として、複合語に含まれる部分単語の中で IDF 値と関連文書中の出現頻度の積が最も大きいものをもとに複合語の良否を判定する手続きを考案した。

次に検索キーワードの集合から類似のキーワードを OR でまとめることで検索の再現率を上げる手法の開発を行った。OR 検索式の生成については、重要語として抽出された複合語の中に出現する単語をもとに重要語の類似性を判断し OR で結びつけることで、類似キー

ワードによる検索を可能にした。

上記の技術を新規開発した上それらを統合し、検索したい内容が記述されている文章をマウスで範囲指定するだけで AND と OR を組み合わせた和積標準型の検索文を自動生成し、関連文書から自動的に法令の検索を行えるシステムを構築した。

2-1.情報検索支援システムインタフェースの開発

前節では計算機が関連文書から自動的に和積型の検索文を生成し、情報検索システムへ自動的に質問を行う手法について説明したが、前節で説明したのシステムを用いて関連文書からの法令検索に関して簡単な予備実験を行ったところ、計算機による検索キーワードの選択は概ね問題ないが、ユーザの意向を反映していないキーワードを選択することがしばしばあることがわかった。また予備実験の被験者の声として、NOT 式を用いた検索文の自動生成に関しては否定的な意見が多く、自動的に NOT 式を付加することは困難であることがわかった。

そこで自動生成された検索文をユーザとのインタラクションの中で変更することで検索精度の向上を図れるよう、ユーザの指示により半自動的に検索文を生成するインタフェースを開発した。開発したインタフェースでは、関連文書から自動的に検索を行うのではなく、ユーザがマウスにより検索キーワードを指示し、計算機により提示されたキーワードを付加した(あるいは取り除いた)検索文をインタラクティブに生成する方式を考案した。また抽出した検索キーワードのみではなく法令から抽出した関連キーワードも同時に提示し、検索キーワードとして使用できるようにした。

また抽出した検索キーワードのみではなくベクトル空間法を用いて検索キーワード群と法令中の各条文との間の類似度を求め、検索キーワードに関連する条文を推定し、関連条文と関連条文中に現れる単語のうち、ユーザが与えた関連文書に現れなかったキーワードを関連キーワードを提示することで、関連カテゴリのキーワードの付加や関連キーワードを含まない条文を検索できるようにした。図1-3に本研究で構築した情報検索インタフェースおよび本研究で開発された検索エンジンを用いた検索結果を示す。

図1はWWW上の法律関連コンテンツを例としてマウスで選択している様子である。ここで右クリックを行うことでコンテキストメニューが表示され、法令検索を行うことができる。



図1 関連文書をマウスで選択

図2ではマウスで選択したテキストから検索に適したキーワードを抽出し、重要度に従い表示している。テキスト上のキーワード以外にも関連文書として与えられたテキストに類似した法令をベクトル空間法により検索し、関連文書内に現れていない、法令内の重要キーワード上位5個を選択できるように表示している。ユーザはテキスト内から抽出された重要キーワードと関連法令内の重要キーワードから検索に用

いるキーワードを選択し、情報検索を行うことができる。



図2 関連文書から重要キーワードと関連条文からキーワードを提示

図3は選択されたキーワードを用いて法令を検査した結果である。関連文書に用いたテキストは遺失物に関する民法の解説であったため、遺失物法や民法が検索結果として表示されている。



図3 選択したキーワードから法令を検索

2-3. 法令情報検索システムの構築

本研究で構築した法令情報検索システムは、一般のWeb検索エンジンと同様にキーワードから関連する文書を検索することができるが、検索対象を法令に特化していることが特徴としてあげられる。一般のWeb情報における情報

検索では数億以上のWebページが検索対象となっているため、再現性の低下よりも精度の低下がボトルネックとなることが多い。しかし法律検索システムにおいては、法令は8000強しかないため一般のWWWと比較して検索対象は比較的限定されており、また判例に関してはその数は多いが、一般に検索結果として含まれるべき判例数はそう多くはない。そのため精度を重視する一般のWeb検索とは異なり、精度と再現率のバランスがとれた検索結果となるようにしなければならない。

そこで検索エンジン側では検索支援システムにより生成された検索文中のキーワードのうち、複合語として認識できるキーワードについては、複合語を基本単語に分割した個々のキーワードも複合語と共に検索キーワードとして用いることで、検索結果の再現率向上を行った。これは基本単語を検索キーワードとしてOR検索を行うことと類似しているが、検索キーワードには元の複合語を含んでいるため、検索精度が著しく落ちないことが期待され、また基本単語に分割したキーワードも検索キーワードとすることで、検索結果の再現率の低下を防ぐことが期待できる。

3. 関連研究との比較

本節では本研究で構築した法令情報検索支援システムおよび法令検索システムと、他の検索支援システムおよび検索システムとの比較を行う。本研究の目的は法令検索を容易にする検索インターフェースおよび検索エンジンの開発であるため、比較対象として現在WWW上で利用されている検索エンジンや他の法律情報検索システムを中心に比較を行う。

本研究のシステムは文章を元に検索支援を行うが、WWW検索エンジンの中にもAskJeev

esのように文章を入力させて検索することが可能な検索エンジンが存在する。しかしこれらの検索エンジンでは検索質問を文章としているため入力された文章から検索結果を予想することが難しく、利用が難しいことが問題点としてあげられる。また本研究の手法では検索質問の自動生成を行うため既存の情報検索システムを有効活用することが可能であり、検索質問をインタラクティブに変更することで予想される検索結果を改善することが可能である点も従来のWWW検索エンジンより使いやすいと言える。

次に法律情報検索の関連研究としては、統計的情報を用いた法情報マネジメントシステムFLEXICON[5]と法情報検索システムに事例ベース推論を組み込んだRisslandらの研究[6]があげられる。

FLEXICONでは、法情報検索手法としてベクトル空間モデルを用い、関連フィードバックの手法等を用いより検索精度の高い判例検索を実現している。判例検索と法令検索の点で相違はあるが、本研究でも関連文書と類似した法令内の条文を検索する手法としてベクトル空間を用いている。本研究の手法は関連フィードバックとは異なり、ユーザが検索結果を理解して関連を判断するのではなく、情報検索を行う前に、計算機より提示された関連キーワードを選択するというインタラクションを行う。本研究の手法ではユーザがキーワード選択において試行錯誤することによりユーザ自身の判断において検索結果に影響を与えることができ、ユーザからのフィードバックはキーワード選択の試行錯誤により行うことができる。我々の考案したキーワード選択インタフェースでは、キーワードを入力する必要がないため、従来のキーワード入力を伴う検索手法より容易に検

索を行うことができる。また本研究の特色として、文章から検索質問を自動生成するという手法を用いているため既存の情報検索システムを変更することなく使用することが可能である。そのため本研究によりキーボードを使ってキーワードを入力することなく検索が行えるようになり、法学部学生等のコンピュータに不慣れな初心者に使いやすく、かつ従来の情報検索よりも関連する情報を素早く入手することが可能となる。また初心者にありがちななどのキーワードを用いて検索すれば良いかわからないという問題を克服することができる。

次にRisslandらの事例ベース推論を用いた情報検索では、FLEXICONと同様に、関連フィードバックを用い検索精度を向上させる手法をとっているが、関連フィードバックは事例ベース推論により自動的に行われる。Risslandらのシステムでは、まず検索したい事例を入力することで事例ベース推論を行い、事例ベース推論エンジンにより関連あると判断された判例が特定される。次に情報検索を行うときに、事例ベース推論により関連あると判断された検索結果が検索結果の上位にくるよう関連フィードバックが自動的に行われる。

本研究のアプローチは、情報検索の前にキーワード選択を行うことである種のフィルタリングを行っていると考えられるが、我々の研究では事例は基本的にマウスで文章の範囲指定を行うだけで精度の高い情報検索が可能となる点がRisslandらの研究と異なる。またRisslandらの手法では事例ベース推論を用いるために事例の入力を予め行わなければならないが、我々の手法ではキーワード選択の良否を判断するために必要な情報としては法令や判例等のテキスト集合で良いため、データを用

意する手間がほとんどかからないという利点がある。

4. おわりに

本報告では、検索したい内容を含む法律分野に関連するテキストをマウスで範囲指定することで、関連する法令や判例等の法律関連コンテンツを検索することができる情報検索手法についてその概要を述べた。また法令検索エンジンの構築について説明し、関連研究との比較を行った。

今後の課題としては、現在のデータベースでは現行法規のすべてをデータベース化していないため、データベースが不完全な状態であることがあげられる。現在法令を中心に検索対象の拡大を進めている。

また現在の法令検索システムでは、類義語として、関連文書として与えられたテキスト情報中の単語および法令文書中の単語を提示しているが、法学で一般に使用されている単語を類似語として提示することはできないことも問題点としてあげられる。そこで法律学の辞典等から法令文書中に表われていない単語を抽出して関連付けるデータベースを構築し、検索中に提示する機構を構築する必要があると考えられる。

<参考文献>

- [1]Takashi Kanai, Li Jian, Susumu Kunifuji, Related Document based Information Filtering Applied to the Association Model In formation Retrieval System. Fourth International Conference on Knowledge-Based Intelligent Engineering Systems and Allied Technologies, pp.225-228, Aug. 2000
- [2]金井貴, 齊藤主税, 國藤進, 文書による情報検索を用いた対話場における創造性支援, 日本創造学会論文誌, Vol.5, pp.122-132, 2001
- [3]竹端和歩, 金井貴, 國藤進, ノウファー・マネジメン支援システムのフレームワークに関する新提案, 社会情報学会全国大会研究発表論文集, Vol.17, No.1, pp.183-188, 2002
- [4]竹端和歩, 金井貴, 國藤進, 組織内の口コミ情報を活用した Know-Who マネジメント手法の提案, 情報処理学会第 65 回全国大会 pp. 4-445 - 4-446, 2003
- [5] Daphne Gelbart, J. C. Smith, FLEXICON: An Evaluatioin of Statistical Ranking Model Adapted to Intelligent Legal Text Management, Proceedings of the fourth international conference on Artificial intelligence and law
- [6]Edwina Rissland and Jody J. Daniels, A Hybrid CBR-IR Approach to Legal Information Retrieval, Proceedings of the fifth international conference on Artificial intelligence and law

ソクラティックメソッド支援システム

吉野 一

明治学院大学法学部

E-mail:yoshino@law.meijigakuin.ac.jp

1. はじめに

法科大学院での、またそれを前提としたこれからの法学部での、法学教育の中心をなす方法は、米国のロースクールで行われている(一)プロブレムメソッドおよびケースメソッドの融合利用と、(二)講義、ソクラティックメソッドおよびディスカッションを融合利用であると思われる。前者は教育の素材の観点からの区別であり、後者は教室での授業の進め方の観点からの区別である¹。これらの方法を用いて、いかにして学生の創造的法的思考能力を育成していくかが問題である。

これらの方法をより有効に行っていくために、IT(情報技術)を活用することが考えられる。われわれは、法創造教育を実現するためにITの活用法をさまざまな側面において検討し、開発しようとしている。ここでは、ソクラティックメソッドを支援するためにITを活用する試みについて、その現段階での研究成果について報告する。

2. ソクラティックメソッドと法創造教育

ソクラティックメソッドは、問答形式で授業を進める教育方法である。教室では、学生が前もって必要教材(判例集等)をすべて読んでいてという前提の上に授業を行う。教授が学生に質問し、学生がこれに答え、その答

えに対応して教授がさらに問うという形の間答形式で教育する方法である。これは、すべての学生はいつ指名されるか分からないという緊張感のもとで授業を受けるし、学生は自分自身が指名されてなくても、他の学生の答弁を聞き、自分のもとしていくことができるので、多数の学生に対して法的思考方法を教育する場合に有効な方法である。わが国の一部ではソクラティックメソッドは少人数学生を対象とする方法と理解されているが、米国では、ソクラティックメソッドはむしろ多人数のクラスのための教育方法である²。

ソクラティックメソッドは、制定法(の解釈)を中心とするわが国の法科大学院の教育ではうまく使うことができないのではないかと、という批判もある。はたしてそうであろうか。確かに、それはコモンローのケースメソッドを中心とする教育には非常にうまく適合する。

Collins & Stevens によると、ソクラティックメソッドを用いて行われる教育の目標は、ルールまたは理論を教育することおよび新しいルールまたは理論を開発する(創造)することにある³。ケースメソッドにおいては、学生に諸

²少人数の学生からなるゼミナールにおいては、ディスカッションメソッドが採用される。教授は、学生同士の自由なディスカッションを導きながら教育をしていくのである。

³Allan Collins and Albert L. Stevens, Goals and Strategies of Inquiry Teachers, in Robert Glaser (ed.) *Advances in Instructional Psychology*, Vol.2, Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates, pp.65-119 (1982). Collins & Albertによれば、この目標を達成するために、一定の戦略に従って、質問が構成されることになる。さらに限られた時間内に目標を

¹ 吉野一「法科大学院の教育方法 - 創造的法律家の育成に向けて」『自由と正義』52巻5号、69頁 - 71頁

ケースからルールあるいは理論を学ばせる。その際、ソクラティックメソッドを用いて、個別ルールを内含する諸ケース間の類似性や差異を気づかせ、ある事件についてある結論を正当化するためにはいかなるケースを援用すればよいか、それを反駁するためにケースの限界に基づき事件のどの要素を強調すればよいかを学ばせる。また諸ケースを比較分析していくことによって、諸ケース間に妥当する法原則(ルール)を発見させる。これらの過程を通じて、ソクラティックメソッドによって、教師は学生に「既知のルールまたは理論」の学習と「新しいルールまたは理論」の学習をさせるのである。

制定法においてソクラティックメソッドが有効に利用できないということはない。制定法の適用に関しても、具体的事例問題を解き考えさせるというプロブレムメソッドを遂行していく際に、その事例を解決するために適用可能な制定法の条文を探させ、選ばれた候補条文の具体的な意味を考えさせ、それを補足するために判例や学説を探索させ、さらにその意義を考えさせる過程で、ソクラティックメソッドを有効に利用することができると思われる⁴。学生に上述の「既知のルールや理論」を学ばせる方法としてそれは有効に機能しうる。

それでは、ソクラティックメソッドは法創造教育にいかに関与するのであろうか。あるいは、ソクラティックメソッドをいかに利用すれば法創造教育が実現されるのであろうか。これを明らかにするためには、ソクラティックメソッドが学生の創造的思考を促進させるためにいかなる点で役立つのか、ソクラティックメソッドの創造的

思考促進の要素を検討する必要がある。

まず、ソクラティックメソッドは、教師が学生一人一人に考えさせる、という点で、学生自らの思考を促す効果がある。これは教師の学生に対する一方通行的な講義では得にくい効果である。自分で考え行くということ、あるいはそのような習慣を身につけることが、創造的思考をする前提として必要である。この意味でソクラティックメソッドは法創造教育に適した教育方法であると言える。しかし、常に自分自身で考えさせるということは、法創造教育の必要条件ではあるが、十分条件ではない。

ソクラティックメソッドが、法学教育として効果を上げるためには、教師がどのような質問を学生に投げかけていくか、ということが決定的に重要である。とりわけ、学生の思考を創造的思考へと導くためには、どのような質問を投げればよいか、が問題である。

ソクラティックメソッドにおいていかなる質問を用意すべきか、これは法学教育の目標(ゴール)に依存する。ソクラティックメソッドの教育目標としては、上述のように、「既知の法ルールや法理論」を学ぶことと、「新しい法ルールや法理論」を開発することがある。現実に行われている法運用の実際を知っているか、知ろうとすれば正確に把握できる能力は法律家の必須の要件である。したがって、第1の目標は法学教育で重要な位置を占める。しかし、これだけでは十分ではないのであって、第2の「新しい法ルールや法理論」を見つけ出す、あるいは作り出す能力を開発する必要がある。法学教育はこの二つの目標を追求しなければならない。

これらの目標を実現するためには、戦略に基づき質問を構成しなければならない。第一の

実現するために質問の時間的配分を制御することになる。(ibid.)

⁴ ソクラティックメソッドだけでなく、それを基本としつつも、最初に法分野や問題領域の概観を与えるために講義をしたり、最後をまとめるために講義をするなど、ソクラティックメソッドを講義と有機的に結合することが効果的であろう。

目標を実現するための戦略も重要であるが⁵、ここでは、法創造教育の視点から、第2の「新しい法ルール」を発見あるいは創造する側面について、検討する。

ここで、法創造教育の前提として、法創造とは何かについて述べる。法創造とは法文の創設である。すなわち、既存の前提から演繹できない法文を新たに定立することである。法文の創設は、妥当な法的問題解決のために行われる。法文の創設は、法的正当化の枠組みが成り立つ方向で行われる。創設される法文は「正しい」法文であることが要請される。法文の正しさは次の観点から決まる。

- 1 具体的に妥当な解決を正当化するのに役立つ。
- 2 他の(多くの)事例に適用しても妥当な解決を導き出すことができる。
- 3 その法文から導き出されるものが「正しくない」ものとして反証されることがない。「妥当な」問題解決は、反証されることがもっとも少ないもの、および受け入れられることが最も多いもののなかから選ばれる。

法創造の典型的な場合は、新しい社会状況に対応して新しい法典を編纂したり、既存の法典を修正あるいは追加条項を作成したりする場合に行われる。法創造は、法の適用においても、法ルールの意味を具体化する法解釈過程において、適用法条が存在せず類推適用を行う場合、個別判決ルールから体系化によって法原則ルールを抽出する場合などにおいて行われる。

筆者の見解によれば、法創造推論は反証推

論である⁶。反証推論の基本構造は *Modus Tollens* である。それは次のような式型で表される。

$$\{(A \quad B) \ \& \ \neg B\} \quad \neg A$$

ここで、Aは仮説を、Bはそこから導き出される個別具体的命題を、 \neg は否定を表す。

この式の意味はこうである。ある仮説ルールを定立する。そしてそこから個別具体命題を(論理的に)導き出し、それが支持されうるかどうかテストする。もしこの命題が正しくないと反証されると、そこから元の仮説ルールも正しくないと反証される。

この式型が含意するものは次の通り。

法ルールの正しさは、具体例で、論証することはできない。

法ルールは、具体例で、正しくないとすることは証明できる、すなわち、反証できる。

反証されない場合、一応支持される。

法的推論においてはテスト回数が多い方が望ましいし、反証回数が多い方が望ましい。

最後の の理由は、aルールとその適用結果の間の帰結関係()に不確実性がある。b正しくないと判断は相対的である。c反証の機会に触れることが、言い換えれば反証可能性が多いということが重要である。その意味で論争の意義は高い。

⁶ この見解は、K. Popperが『科学的発見の論理』で提言したことを、法的推論の理論に応用したものである。Cf.: Karl R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, London 1959, 3ed. 1962, p. 30ff. 吉野一「正義と論理 正義推論における演繹的方法の役割」『正義 - 法哲学年報 1974 年』(有斐閣)、1975 年、38 頁以下。同「法的決定に至る推論の論理構造」『慶応義塾創立 125 年記念論文集・慶応法学会法律学関係』、1983 年、3 頁以下。Hajime Yoshino, "Logische Structure der juristischen Entscheidung", Aarnio, Niiniluoto, Uusitalo(Hrsg.), Hajime Yoshino, "The Logical Structure of Argumentation in juridical Decisions", 『法学研究 法学部創立三十周年記念論文集(63 明治学院論叢 590 号)』1997 年 3 月、1-26 頁。

⁵ Collins & Albertは上述の論文でこの戦略について分析している(Allan Collins and Albert L. Stevens, *op. cit.*, p.77ff.)。また、本成果報告書で共同研究者鈴木宏昭氏はこの論文を詳細に紹介している。

に対する、教室の再質問を受け、答え、さらに再々質問を受けるという機会は少ない。一人の教師が、教室で一定の時間内に当てることのできる学生数は限られている。答えることのできる学生の数も限られている。この空間的、時間的、そして人的限界を克服するためにITを活用することができる。すなわち、コンピュータ・ネットワーク上でソクラティックメソッドをシミュレートするシステムを作成して、それを利用することができる。

上記の二つの目的のために、われわれは、ソクラティックメソッド支援システムの構築を行っている。

4. ソクラティックメソッド支援システムの機能

ソクラティックメソッド支援システムは、まずシステムがソクラティックメソッドの問答をシミュレートする機能を持たねばならない。これを実現するために、システムは、事例問題を保有し、各事例に対する教師の質問を予め準備して保有していて、ユーザである学生に質問を発し、学生に回答させ、学生の回答に対応する質問をさらに発していく機能を必要とする。学生の回答は、キーボード(音声認識を用いる場合はマイク)から自然言語文で入力させる。システムが、学生の入力した文章の意味を判断して、それに対応する問を発することが理想であるが、現在のコンピュータの自然言語理解の能力からしてそれは難しい。そこで次のような方法をとる。すなわち、学生のいろいろな回答を想定して予め回答を用意しておいて、学生の回答に該当する回答あるいは最も近い回答を学生に選ばせ、その回答に対する予め用意した教師の質問をさらに発していくという形である。

もちろん想定し準備した回答集の中に学生の回答に該当するものがない場合もある。その場合、(a)学生の回答が全く間違っている場合と、(b)意味のある回答であるが教師が前もって想定できなかった場合とがある。何れの場合も、「該当する回答がありません」を選択することによって、(イ)その回答をシステムに蓄積し、後の問答集の改訂に際して利用できるようにする。また、(ロ)再度当該の回答選択画面に戻って、つぎのように学生に再考を促す。「(i)貴方の回答に近い回答がないかももう一度考えて下さい。近いものがある場合はそれを選択して下さい。(ii)考え直した結果、別の回答をしたい場合は回答入力画面に戻って再入力してください。(iii)いずれにせよ、選択するものがなく、教師に問い合わせたいと思う方はメールして下さい。」(iii)の場合は、教師または教師の助手が電子メールで対応することになる。なお、問答集の当該の問答箇所を示すデータが自動的に教師への質問状に付されると、教師の対応のために、また後の問答集の改訂のために便利である。システムの準備していなかった学生の回答が蓄積されるにつれて、システムはより賢くなっていく。

このような機能を持ったシステムを実現するためのシステムは、大別して、(1)事例・問答集データベースと(2)問答インターフェースから構成される。事例集は各事例の事例名、概要および詳細内容からなる。事例の表示は原則として文章により表示されるが、ビデオなどのマルチメディアを用いた事例表現も用意する。問答集は、各事例に関する問とそれに対する予想回答、さらにその予想回答に対する問からなる。問、回答間には、問 - 回答 - 問 - 回答…の木構造をもった体系的なリンクが張られる。問答のデータを効率的に管理する機能

も必要である。問答集は、当初は事例ごとに用意される。将来は、多数の事例と問答に共通する部分を抽出して形式化し、それを利用して各事例に対応した問答を生成するようなシステムも計画されうる。後者の問答インターフェースは、学生ユーザの利用の局面と教師ユーザの利用の局面があり、それに応じて機能の差がある。全体としての必要機能としては、問の表示機能、回答を入力する機能、入力回答の表示機能、入力回答の蓄積機能、回答候補の表示機能、回答選択機能、編集機能、通信機能がある。編集機能は、問答の内容を作成し改訂するために用いられる。原則として教師がこの機能を用いるが、学生自身が問答集を作成することも、例えば模擬裁判の準備などにおいて、法創造教育に役立つことと思われるので、状況に応じてこの機能を学生が使うことができる。

5. システムの実装と教育事例

われわれは、法創造教育の観点から、ソクラティックメソッド支援システムの構築を試みている。その第1段階は、教師と学生の問答のコミュニケーションと、問答の準備とをコンピュータ上で行うことができるシステムを作成することである。現在そのようなシステムのプロトタイプを開発中である⁷。そのシステムはLESS (Legal Education Support System)と名付けられている。

以下においては、実装されたシステムの実行

画面により、システムの有する機能を紹介したい。システムは、学生利用の側面と教師利用の側面がある。最初に学生が利用する局面を紹介し、その後教師の利用の局面を紹介する。

本年度は、明治学院大学法学部においてこのソクラティックメソッド支援システムとしてのLESSを用いた授業を行った。すなわち、法科大学院に向けての教育方法の実験授業科目として設けられた、オムニバス形式の授業科目「民事法総合演習」において私の担当した二コマの授業(各90分)のうち一コマを、このシステムを用いて行った。授業目的は、プロブレムメソッドとソクラティックメソッドを用いた民法の演習である。

プロブレム(事例問題)として、最高裁判例「バックホー事件」(最三判平 12・6・27 民集 54 卷5号 1737 頁)を参考にして、仮定問題「盗品トラクター返還請求事例」を作成し、この問題と、この問題を解く過程の問答を作成し、システムにインストールした⁸。

以下においては、機能紹介にあわせ実行画面を提示しながら、システムの機能紹介に加えて、問答がいかに遂行されていくかを示すことにする。

⁷ このシステムは、明治学院大学の吉野一が概念および機能設計を、東工大の桜井成一郎がプログラム設計を、吉野研究室の那須晋がプログラムの実装を、そして同島田度および市川均が事例のコンテンツの実装を、それぞれ行った。LESSという名称は桜井による。Legal Education Support System、すなわち、「法学教育支援システム」という一般的名称を付与したのは、開発するシステムが、法学教育支援のための諸システムのプラットフォームとしても発展することを期待しているからである。

⁸ 問答集の作成と実装に際しては、吉野研究室の研究員である島田度の協力を得た。

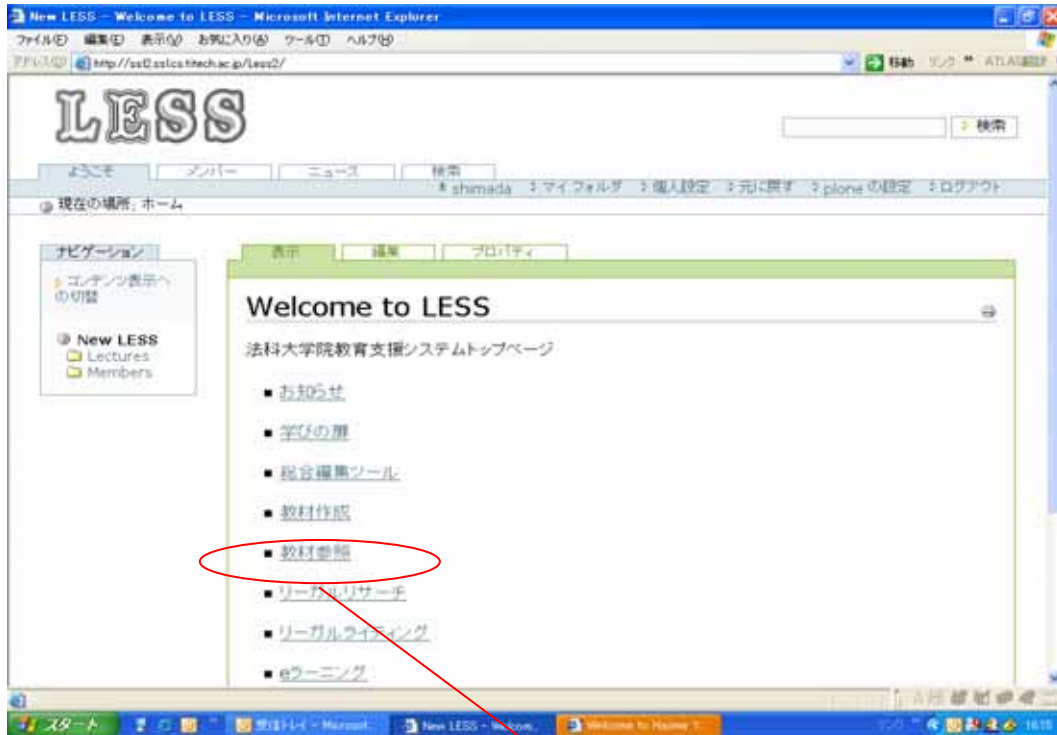
< New Less の画面説明 >

(1) 学生による利用

問答集を学生が利用するにあたっては、一つの設問について、
設問に対する回答の入力
その後に表示される選択肢についての回答

の選択

の二種類の回答を行うことになる。(システムに学生が入力した回答を判断させることはできないので、学生に自分の回答に一致するものを選びさせる。)

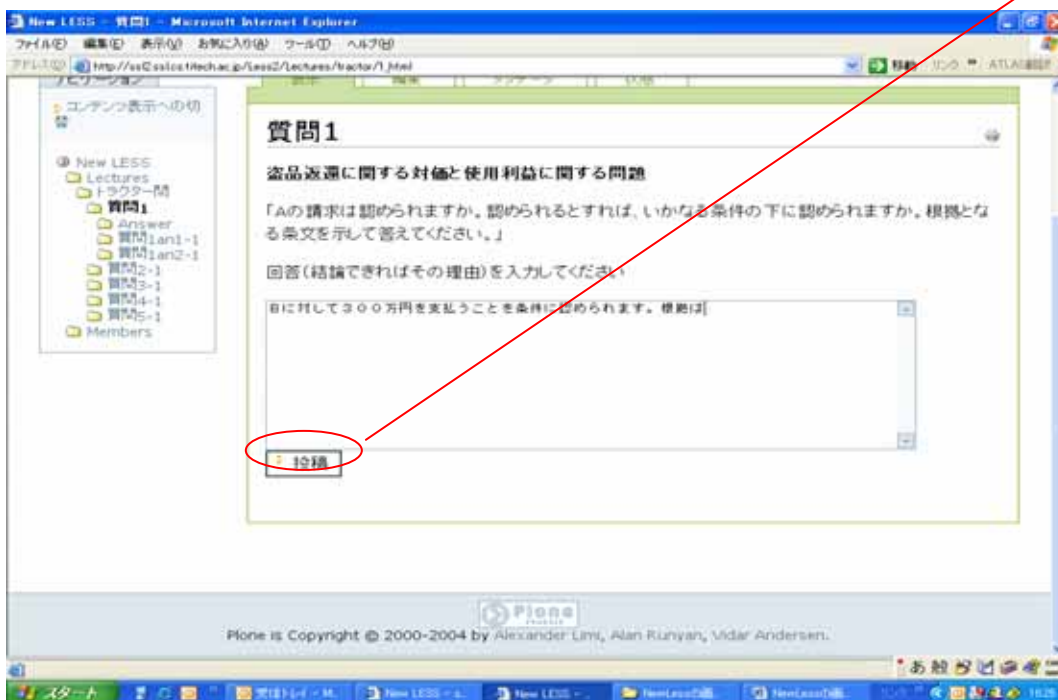


【画面1】ログイン後の最初の画面。ここで学生は、「教材参照」の項目をクリックする。

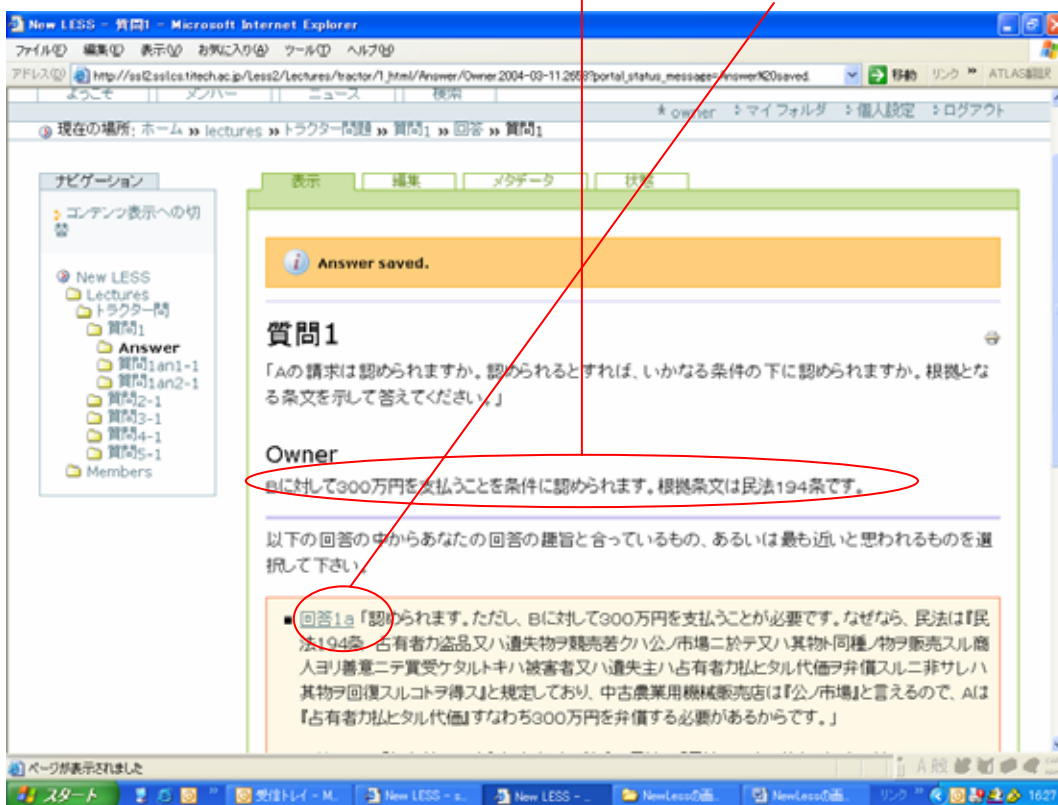
【画面2】問題が表示される。学生はここで回答すべき問題を選択し、クリックする。



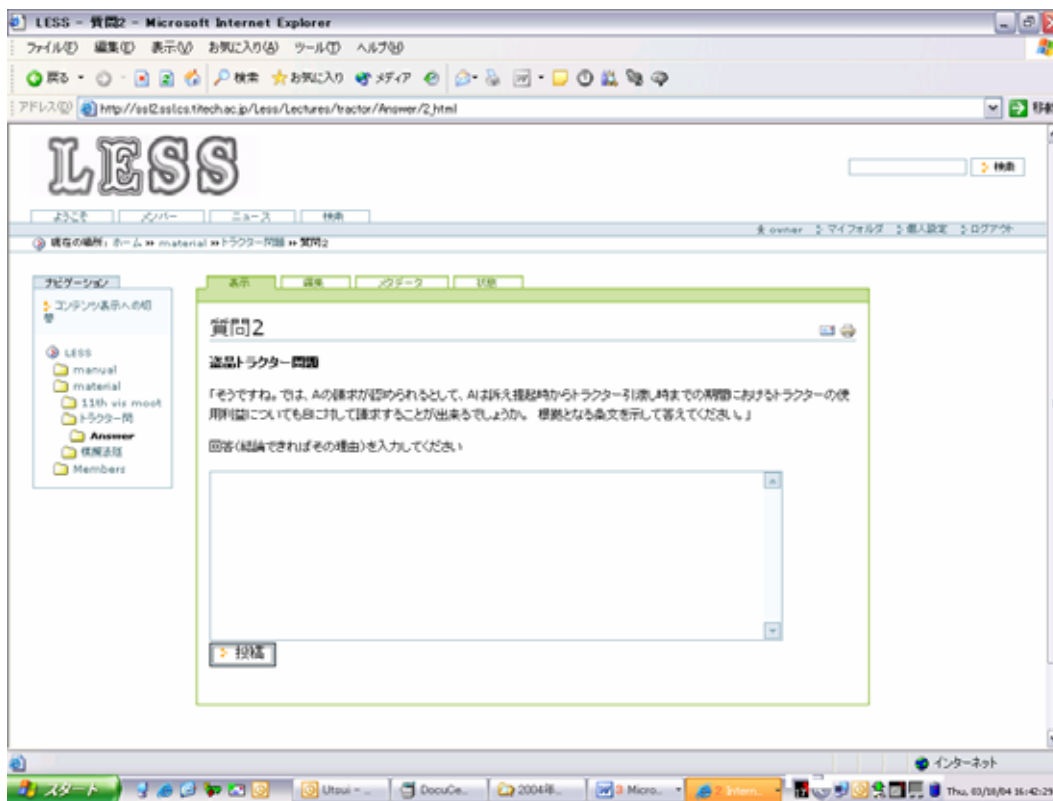
【画面3】回答を入力する画面が表示される。学生は、自分で考えた回答を文章にして打ち込み、投稿ボタンをクリックする。



【画面4】すると学生の回答が記録され、同時にシステムが用意していた選択肢が表示される。学生は、選択肢の中から自分の回答に近いものを探し、クリックする。



【画面5】 次の質問と回答の入力画面が表示される。学生は、再度自分で考えた回答を文章にして打ち込み、投稿する。



(2) 教師による教材作成・編集

教師は、問答集を作成することにより、講義において想定される問答をあらかじめ準備しておくことが可能になる。

また、講義後において学生を問答集に取り組ませることで、講義の復習を効果的に行うこ

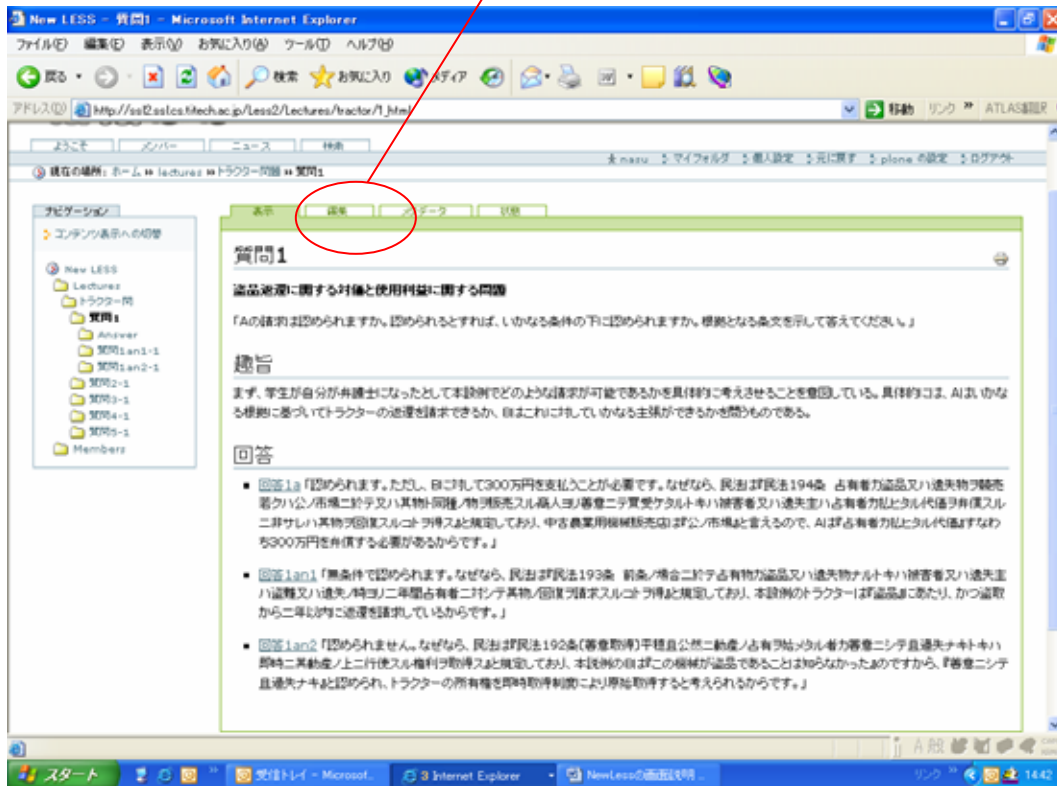
とが可能になる。

さらに、学生から寄せられた回答を元に教材を編集することで、常に教材をより優れたものへ発展させてゆくことも可能である。



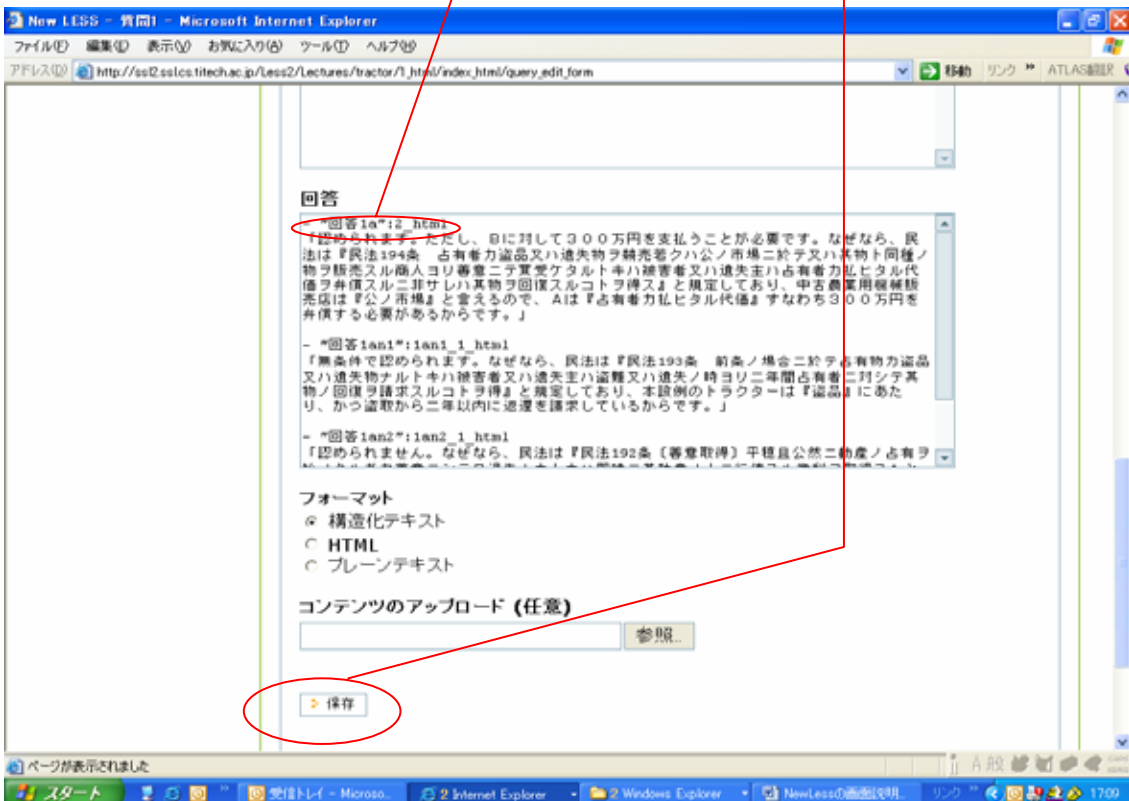
【画面6】最初の画面。ここで教師は、「教材作成」の項目をクリックする。

【画面7】この場合、回答入力画面が表示されることはなく、システムが用意している選択肢がすぐに表示される。教師は、編集ボタンを押して、問題と選択肢を編集する画面に入る。



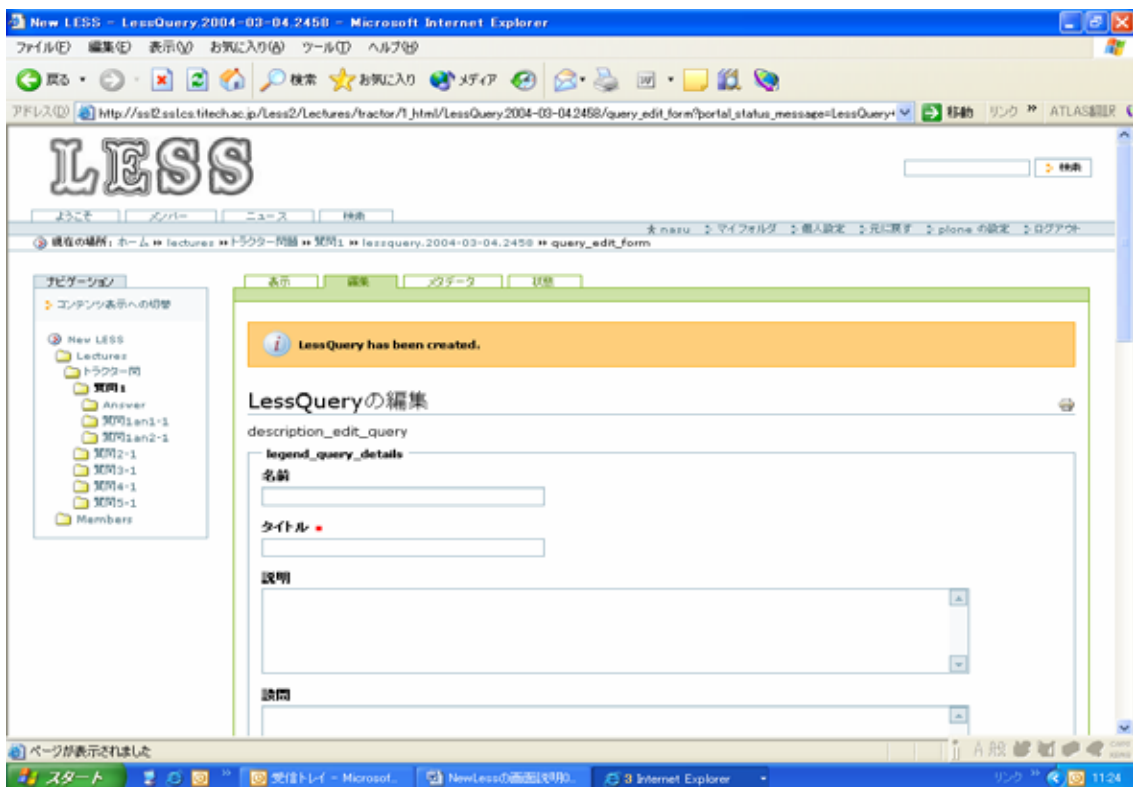
【画面8】編集画面

【画面9】選択肢を作る際には、リンク先のアドレスを張る。編集し終わったら「保存」ボタンを押す。



【画面10】編集後の問題が新たに表示される。

[画面11] 既存の問題を編集するのではなく、新たに問題を作成することも可能。



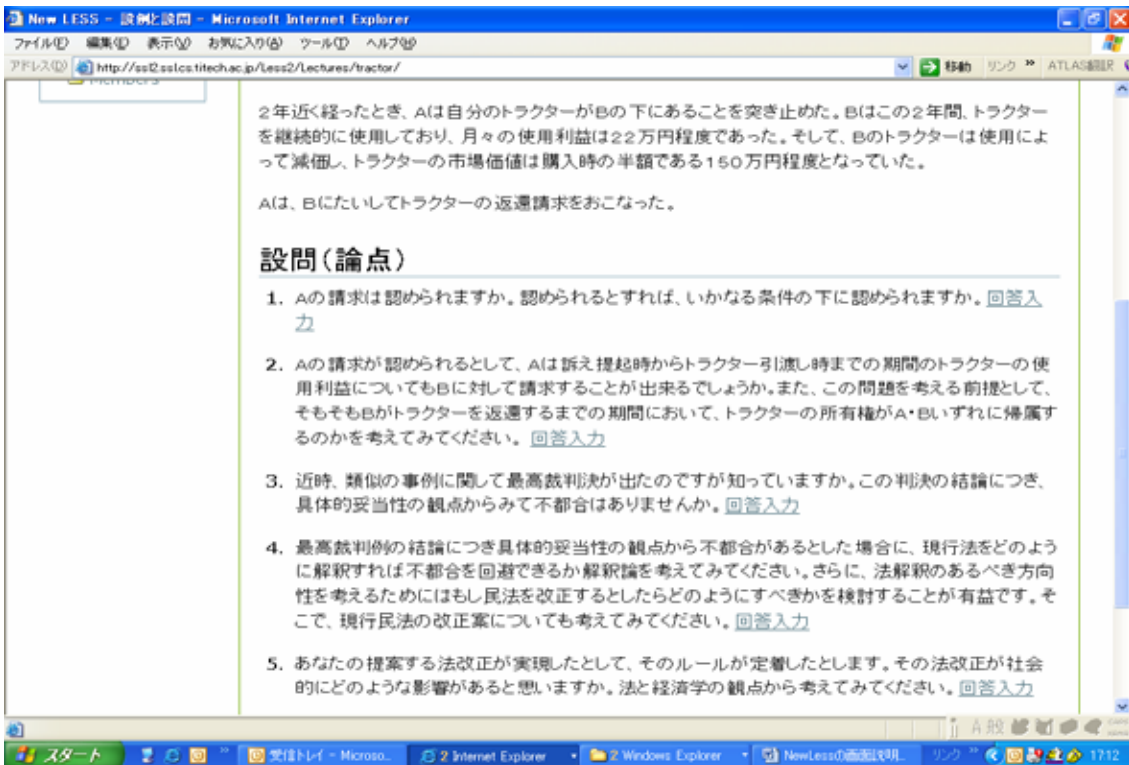
(3) 法創造教育への利用

この問答集システムの利用により、法学の基礎を踏まえたうえでさらに学生の創造的思考をも刺激する教育方法が可能となる。

1. 設問の段階的設定

設問は、教育の段階に応じて様々に設定することができる。以下は、その一例を示す。

【画面12】学生の学習の進度に応じた、5問の設問を用意している。



The screenshot shows a Microsoft Internet Explorer window with the address bar displaying <http://ss2.ssic.ac.jp/Less2/Lectures/tractor/>. The main content area contains the following text:

2年近く経ったとき、Aは自分のトラクターがBの下にあることを突き止めた。Bはこの2年間、トラクターを継続的に使用しており、月々の使用利益は22万円程度であった。そして、Bのトラクターは使用によって減価し、トラクターの市場価値は購入時の半額である150万円程度となっていた。

Aは、Bにたいしてトラクターの返還請求をおこなった。

設問(論点)

1. Aの請求は認められますか。認められるとすれば、いかなる条件の下に認められますか。 [回答入力](#)
2. Aの請求が認められるとして、Aは訴え提起時からトラクター引渡し時までの期間のトラクターの使用利益についてもBに対して請求することが出来るでしょうか。また、この問題を考える前提として、そもそもBがトラクターを返還するまでの期間において、トラクターの所有権がA・Bいずれに帰属するのかを考えてみてください。 [回答入力](#)
3. 近時、類似の事例に関して最高裁判決が出たのですが知っていますか。この判決の結論につき、具体的妥当性の観点からみて不都合はありませんか。 [回答入力](#)
4. 最高裁判例の結論につき具体的妥当性の観点から不都合があるとした場合に、現行法をどのように解釈すれば不都合を回避できるか解釈論を考えてみてください。さらに、法解釈のあるべき方向性を考えるためにはもし民法を改正するとしたらどのようにすべきかを検討することが有益です。そこで、現行民法の改正案についても考えてみてください。 [回答入力](#)
5. あなたの提案する法改正が実現したとして、そのルールが定着したとします。その法改正が社会的にどのような影響があると思いますか。法と経済学の観点から考えてみてください。 [回答入力](#)

【画面13】(設問1)まず、簡単な事例を与えて適用法条を正確に発見できるかどうかを問う。

The screenshot shows a Microsoft Internet Explorer window titled 'New LESS - 質問1'. The address bar shows the URL 'http://ss2.sclcs.titech.ac.jp/Less2/Lectures/tractor/1.html/'. The page content includes a sidebar with a navigation menu, a main heading '質問1', a sub-heading '盗品返還に関する対価と使用利益に関する問題', a paragraph of text, a section '趣旨', another paragraph, and a section '回答' with two bullet points.

質問1

盗品返還に関する対価と使用利益に関する問題

「Aの請求は認められますか。認められるとすれば、いかなる条件の下に認められますか。根拠となる条文を示して答えてください。」

趣旨

まず、学生が自分が弁護士になったとして本設例でどのような請求が可能であるかを具体的に考えさせることを意図している。具体的には、Aはいかなる根拠に基づいてトラクターの返還を請求できるか、Bはこれに対していかなる主張ができるかを問うものである。

回答

- **回答1a** 「認められます。ただし、Bに対して300万円を支払う必要があります。なぜなら、民法は『民法194条 占有者ノ盗品又ハ遺失物ヲ競売若クハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ノ同種ノ物ヲ販売スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタルトキハ被害者又ハ遺失主ハ占有者カ払ヒタル代価ヲ弁償スルニ非サレハ其物ヲ回復スルコトヲ得ス』と規定しており、中古農業用機械販売店は『公ノ市場』と言えるので、Aは『占有者カ払ヒタル代価』すなわち300万円を弁償する必要があるからです。」
- **回答1an1** 「無条件で認められます。なぜなら、民法は『民法193条 前条ノ場合ニ於テ占有物カ盗品又ハ遺失物ナルトキハ被害者又ハ遺失主ハ盗難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間占有者ニ対シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得』と規定しており、本設例のトラクターは『盗品』にあたり、かつ

The screenshot shows a Microsoft Internet Explorer window titled 'New LESS - 質問2-1'. The address bar shows the URL 'http://ss2.sclcs.titech.ac.jp/Less2/Lectures/tractor/2.html/'. The page content includes a sidebar with a navigation menu, a main heading '質問2-1', a sub-heading '盗品トラクター問題', a paragraph of text, a section '趣旨', another paragraph, and a section '回答' with three bullet points.

質問2-1

盗品トラクター問題

「そうですね。では、Aの請求が認められるとして、Aは訴え提起時からトラクター引渡し時までの期間におけるトラクターの使用利益についてもBに対して請求することが出来るでしょうか。根拠となる条文を示して答えてください。」

趣旨

AがBに対して使用利益の返還請求ができるかを考えさせることを意図している。そして、理論構成として、物の所有権が即時取得者に帰属していれば即時取得者が物の使用収益権を持つことはスムーズに説明ができることになる。そこで、物の所有権の帰属の問題は使用利益の返還請求権の有無にかかわってくることを学生に気づかせることを意図している。

回答

- **回答2-1a2** 「使用利益を請求することが出来ます。なぜなら占有者は、民法190条1項にいう「善意ノ占有者」に当たるため、果実の代価を償還する義務があると考えられるからです。」
- **回答2-1a** 「使用利益を請求することは出来ません。なぜなら、この点について定めた明文はありませんが、民法194条の趣旨から判断して、占有者には目的物の使用収益権限を認めるべきであるから、被害者に使用利益の請求までは認められないといえるからです。」
- **回答2-1an1** 「使用利益を請求することは出来ません。なぜなら、民法189条1項は善意の占有者に物の使用収益権限を認めているからです。」

【画面14】(設問2)次に、理論構成のやや難しい問題を問う。

【画面15】(設問3) 続いて、問題の素材となった判例についての知識があるか、又は判例を的確に検索・発見できるかどうかを問う。



【画面16】(設問4) さらに、応用問題として、現行法の規定では全ての事例において適切な結論が導かれるわけではないことを発見させる。そして、学生の創造的アイディアによる改正案を考案させる。

【画面17】学生が改正案を考案したら、反証推論によりその改正案の妥当性を検証させる。

質問4-1an1-1-1

盗品トラクター返還請求事件

第194条『占有者か払とタル代価』との文言を、『占有者か払とタル代価/半額』とする改正案

【反証のための設例その1】「ふむ。では具体的な例によりあなたの改正案の妥当性を検討してみましょう。」

「まずは、本設問の事例にああなたの改正案を適用した場合を考えてみます。AはBに対して、どんな請求ができると考えられますか。」

回答

- 回答4-1an1-1-1a 「まず、150万円を支払ってトラクターの返還請求ができます。その他の請求としては、使用利益の請求をすることが一応考えられます。しかし、AがBに対して物の返還を請求した場合とそうでない場合との均衡を図るという観点からこのような請求はできないと考えます。」
- 回答4-1an1-1-1an 「まず、300万円を支払ってトラクターの返還請求ができます。その他の請求としては、使用利益の請求をすることが一応考えられます。しかし、AがBに対して物の返還を請求した場合とそうでない場合との均衡を図るという観点からこのような請求はできないと考えます。」

質問4-1an1-1-3

盗品トラクター返還請求事件

第194条『占有者か払とタル代価』との文言を、『占有者か払とタル代価/半額』とする改正案

【反証のための設例その1】

「そのように考えると、Bは使用利益分の価値(月あたり22万円相当に及ぶ)を手中に取ると同時に、150万円の支払いを受けることになりますね。では、この結論は妥当と言えますか。」

回答

- 回答4-1an1-1-3a 「はい。使用利益はBの占有に基づきますのでBが得て当然です。この150万円という値段はトラクターの市場価値と等しいので、Aは市場価値と等しい金額を支払ってトラクターを取り戻すことになりますから、損失を被ってはいません。他方でBは、150万円の市場価値のあるトラクターを150万円と引き換えに十分なことになるのですから、やはり損失を被ったとはいえません。従って、A・B共に平等な利益を得ますので、妥当な結論と言えると思います。」(反証されず)

【画面18】具体的な事例に当てはめた結果、当事者(本問の事例では盗犯被害者と占有者)間に不公平が生じなければ、その事例については妥当な結論を導いたといえる。

【画面19】しかし、改正案は全ての事例について妥当な結論を導くものでなければならない。

そこで、新たな事例を示して、再度反証推論を行わせ、改正案の妥当性を検証させる。



【画面20】当事者間に不公平な結論が生じてしまったら、妥当な改正案とはいえない。

このことを、学生自身が反証推論を行うことで確認させる

【画面21】反証されてしまった改正案は、捨てなければならない。学生は、自分が考案した改正案の弱点を吟味し、より優れた改正案を考案することになる。このプロセスにより、学生の創造的な思考能力が鍛えられることになる。

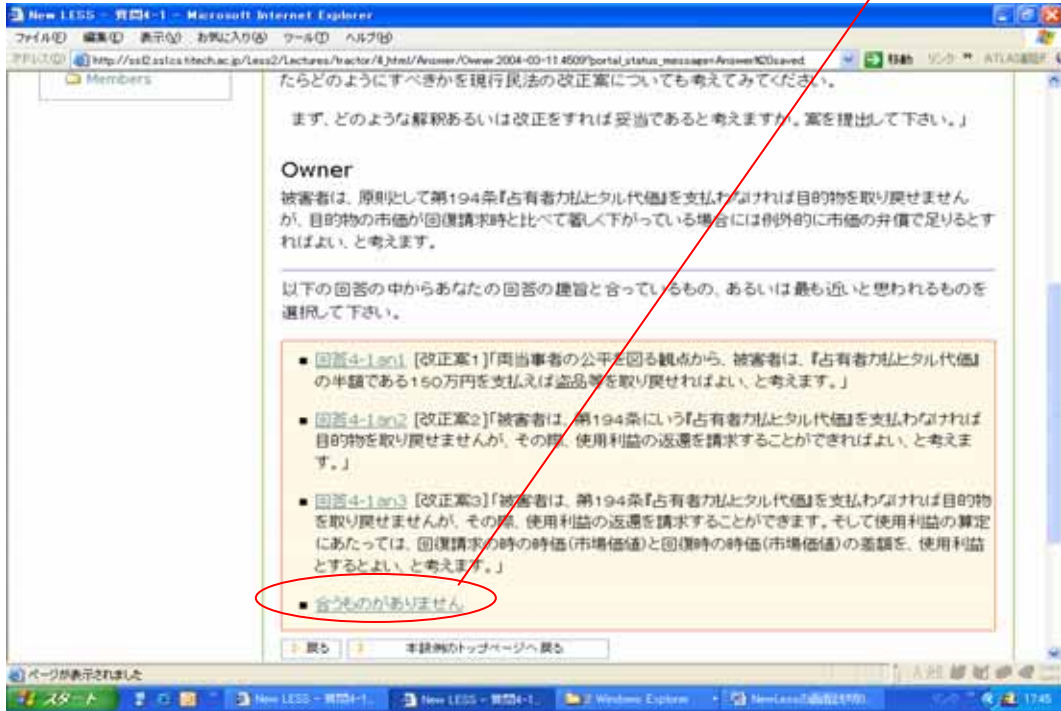


【画面22】(設問5)そして、最後にやはり応用問題として、学生の改正案が施行された場合に、その改正が社会・経済にどのような影響を及ぼすか、を「法と経済学」の観点から考察させる。

2. 学生の回答を取り入れた、新たな問答の生成

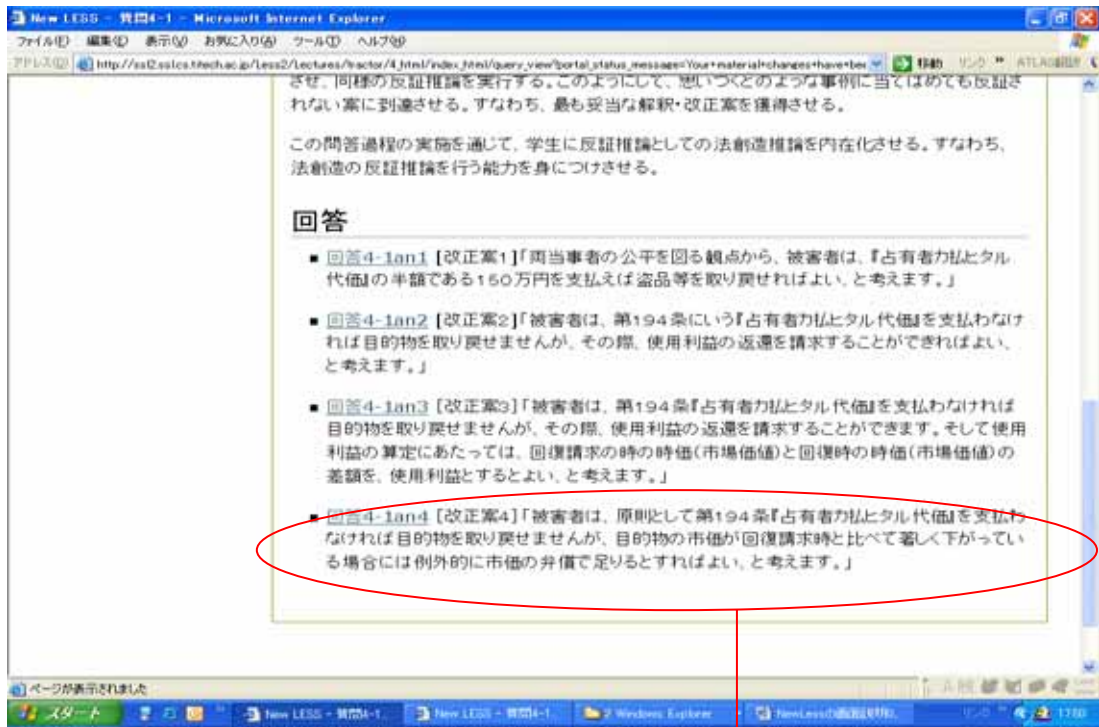
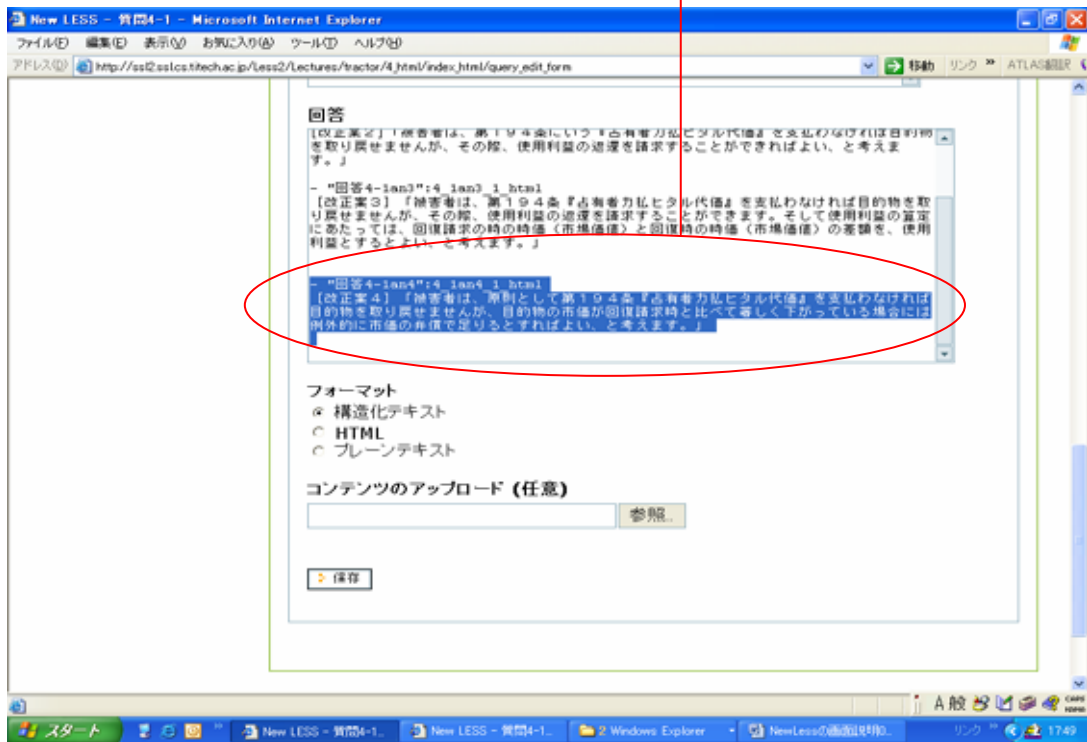
【画面23】学生のアイデアによる改正案を考案させた場合に（前出画面15参照）、教師の想定していなかったアイデアを含んだ改正案が回答として提出されることがある。

画面上の選択肢に、学生の回答と近いものはない。こういった場合、学生は「合うものがない」という選択肢をクリックし、新たに回答を考案しなければならない。



【画面24】新たに回答を考案

【画面25】しかし、学生の提出した回答はシステムに記録として残る。したがって、教師はこの回答を吟味し、有意義なアイデアを含んでいると判断した場合は設問を編集して選択肢に加えることができる。



【画面26】編集後の画面。選択肢が追加されている。このように、学生の回答を取り込むことで問答集をさらに質の高いものにブラッシュアップしていくことが可能である。

ここで紹介されたシステムは、本年度(2003年度)の明治学院大学法学部における「民法総合演習」において試験的に利用された。この授業科目は、法科大学院の教育方法も視野に入れて、複数の教師によって担当する、プロブレムメソッドとソクラティックメソッドを試みる民法法の演習科目であった。私は、自分の担当分の一部において、本システムを用いて「盗品トラクター返還請求事例」の演習を7人の学生に対して一コマ(90分)分を行った。諸般の事情から学生にシステムを用いて予習させることができなかつたし、この事例を用いた授業は90分一コマのみであったので、用意した論点をすべて扱うことはできず、残った論点は宿題として、学生自身が授業時間外の任意の時間に大学または自宅で自らシステムを用いて学習するように指示し、そしてシステムを用いた学習の率直な感想を電子メールで提出するように依頼した。

4人の学生がシステムを用いて実際に学習し、自分自身の回答を入力してくれた。また感想を送ってくれた。学生の感想を読むと、「システムの指示に従って回答を入力していくことを通じて、自分の頭でよく考えることができた」、「問題の考え方がよくわかった。」、「すばらしいシステムでもっと一般的に利用できるようにして欲しい。」などシステムが好評であることがわかった。(但し、レポートの一つとして感想文を求めたので、あまり悪口はかけなかったのかもしれないので、割り引いて評価しなければならぬかもしれない。)

また学生が自ら回答として入力したものはシステムに記録されているが、それを見ると、中には、ユニークなものもあり、考えさせられたり、後のシステム改訂に回答候補として取り入れて、システムの改善に役立ったものもある。

以上により、試験的に用いた本ソクラティックメソッド支援システムはまだ開発中のプロトタイプであるが、この段階でも法学教育に役立つこと、開発が完了した暁には、一層の活用が期待できるということが言えると思う。また授業で、あるいは自習環境で、利用すればするほど、問答集のコンテンツが改良され、よりよい教育効果を上げていくであろうことを推測することができる。

最後に付言しておきたいのは、本システムは問と答の組み合わせを体系的に整理して入力し搭載しうるため、単にソクラティックメソッドの支援ばかりでなく、ディスカッションメソッドの支援にも利用することができるということである。また問答機能を利用して、模擬裁判の準備にこれを用いることができる。われわれは、ウィーンで開催される国際動産取引の模擬仲裁裁判のコンペティションの口頭弁論の準備にこのシステムを利用すべくコンテンツの作成を行っているところである。

7. むすび

本報告で、私は、ソクラティックメソッドとは何かを明らかにし、その法学教育における意義を示した。そして法創造とは何かを明らかにし、法創造教育の重要な要素の一つがソクラティックメソッドによる反証推論の実施であることを示した。またソクラティックメソッドにITを活用できる局面として、事例および問答集の準備とソクラティックメソッドのシミュレーションとがあることを明らかにした。そしてソクラティックメソッドによる法創造教育を支援するソクラティックメソッド支援システムの概念および機能設計を示した。そしてそれに基づいて、作成されたソクラティックメソッド支援システムの概要を示し、仮説問題事例における問答をインストールした

事例によって実現されたシステムの機能を紹介した。法創造教育に特化した局面としては、法改正案の創設に関する仮説反証推論のシステムによるシミュレーションの事例を紹介した。

開発中のプロトタイプの試験的利用の経験からしても、前章の最後で述べたように、ソクラテックメソッド支援システムの有用性は自信を持って言える。また授業や自習での利用を通じて、問答集の内容がより豊かによりよく発展していき、将来は一層有用なものとなることが期待できる。本システムが法学教育における法的思考の訓練に一定の役割演じることは確認できるとしても、法創造教育支援の観点からどれだけ効果的であるかについては、まだ評価分析を行っていない。また問答を準備するに際して、法創造教育のための戦略が何であるか、あるいは、例えばCollins & Albert⁹の提案するような戦略を、具体的事例の問答集作成にどのような取り入れていったらよいかについては、まだ十分な検討が行われていない。今後の課題として取り組んでいきたい。

<参考文献>

- [1] 吉野一「法科大学院の教育方法 - 創造的
法律家の育成に向けて」『自由と正義』52 巻 5 号、
69 頁 - 71 頁
- [2] Allan Collins and Albert L. Stevens, Goals
and Strategies of Inquiry Teachers, in Robert
Glaser (ed.) *Advances in Instructional
Psychology*, Vol.2, Hillsdale, NJ: Lawrence
Erlbaum Associates, pp.65-119 (1982).
- [3] Karl R. Popper, *The Logic of Scientific
Discovery*, London 1959, 3ed. 1962, p. 30ff.
- [4] 吉野一「正義と論理 正義推論における演繹
的方法の役割」『正義 - 法哲学年報 1974 年』
(有斐閣)、1975 年、38 頁以下。
- [5] 吉野一「法的決定に至る推論の論理構造」
『慶応義塾創立 125 年記念論文集・慶応法学会
法律学関係』、1983 年、3 頁以下。
- [6] Hajime Yoshino, “Logische Structure der
juristischen Entscheidung”, Aarnio, Niiniluoto,
Uusitalo(Hrsg.),,
- [7] Hajime Yoshino, “The Logical Structure of
Argumentation in juridical Decisions”, 『法学研
究 法学部創立三十周年記念論文集(63 明治
学院論叢 590 号)』1997 年 3 月, 1-26 頁

⁹ Allan Collins and Albert L. Stevens, *op. cit.*,

Plone/CMF による法学教育支援について

櫻井 成一郎

東京工業大学 大学院情報理工学研究科

E-mail sakurai@cs.titech.ac.jp

1.はじめに

法創造教育のIT支援を考える際には、Webの利用は不可欠である。単なるハイパーテキストの提供サーバに過ぎなかったWebサーバは、CGIの導入によって動的なコンテンツ生成が可能となり、より柔軟なコンテンツ提供が可能となった。しかし、CGIを用いたコンテンツ生成は比較的困難であるので、近年では、ASPやJSPといったHTMLファイルに実行可能なスクリプトを埋め込むことによる動的コンテンツ生成が盛んに行われるようになってきた。更に、これらのサーバサイドプログラミング技術を応用したe-learningシステムも盛んに開発されている。これらのe-learningシステムでは、従来の一方通行型のCAI教材と異なり、Webインタフェースを用いることで、学習者による対話的な利用が可能になるだけでなく、学習者の学習進度に応じた教材提供を行うことができる。つまり、e-learningシステムの活用によって、従来型の単なる知識やスキルを習得するための学習にはその効果を期待できる。しかしながら、単なる知識やスキルの習得ではなく、創造的な問題解決能力の取得には、より動的なコンテンツの生成が必要になってくる。Web上で動的コンテンツ生成を行うアプリケーションはWebアプリケーションと呼ばれ、Webアプリケーションサーバとして様々なソフトウェアが現在提供されている。Webアプリケーションサーバ

の一つとして、オープンソースのZope[1]がある。Zopeの特徴は、コンテンツをデータベース化し、コンテンツとその表示部分を切り離しているところにある。他の多くのWebアプリケーションサーバが、Webサーバとデータベース、そしての二つを連携するためのソフトウェアから構成されているのに対して、Zopeだけでデータベース機能およびWebサーバ機能をあわせて備えているのである¹。オブジェクト指向の考え方を導入してはいても、複雑なコンテンツの管理が必要になってくると、コンテンツ管理のためのツール群が必要になってくる。そのようなコンテンツ管理のためのツール群としてPlone[2]やZMS[3]がある。ZMSはe-learningの国際規格SCORMにも対応しているが、システムの拡張はそれ程容易ではない。これに対して、コンテンツ管理に特化した枠組として提案されているのがCMFである。CMFを利用して作成されたポータルサイト構築用のソフトウェアがPloneである。

本研究では、Web技術を法創造教育に役立てるためには、教師と学生、学生同士、あるいはコンピュータと学生の間でのコミュニケーションの場を設けることが特に重要であると考へ、そのようなコミュニケーションの場を容易に提供可能なツールとしてのPlone/CMFの可能

¹ Zope自身は単独で動作させるだけでなく、外部のデータベースソフトやWebサーバと連携することも可能である。

性を検討し、支援システムの試作を行った。

2. Zope・CMF・Plone

Web アプリケーションサーバ Zope の特徴は、オブジェクト指向スクリプト言語 python によって記述されており、すべてのコンテンツがオブジェクトとして実現されていることにある。このため、新しい種類のコンテンツを追加するには、継承によって派生クラスを作成することで、コンテンツが対応するクラスを比較的容易に追加できる。コンテンツが対応するクラスは、**コンテンツタイプ**と呼ばれている。

闇雲にコンテンツタイプを追加するのは、いたずらにシステムを複雑化するだけなので、コンテンツ管理のための枠組が重要となってくる。そのようなコンテンツ管理の枠組の一つが CMF(Contents Management Framework)である²。CMFでは、コンテンツの作成、校閲、出版という一連の流れをワークフローとして定義することができる。現実のコンテンツ作成作業にあわせてワークフローを定義すれば、一連の動作を現実のコンテンツ作成と同様に進めることができる。CMFは抽象的な枠組であるので、Zopeのためのプログラムを直接書き下すのではなく、CMFを採用することはプログラムの移植性が向上するというメリットも同時に得られる。

CMF によって基本的な枠組が提供されるもののポータルサイトの開発を行うには、十分な機能が提供されているとは必ずしも言えない。ポータルサイトの開発のために作られたのが Plone である。Plone では、ほとんどの操作をブラウザ上で行うことができるので、HTML のことをまったく知らない者でもブラウザ上からコンテ

² ZopeではCMSと呼ばれるコンテンツ管理システムの開発も進められている。

ンツを入力、編集することができる。

法創造が、人と人とのコミュニケーションによって生まれるのであれば、コミュニケーションの場を提供することが重要となる。すなわち、様々なコミュニケーションの場を柔軟に提供することが法創造教育に寄与できるのではないかと考え、Plone 上で試作システムを作成した。

3. 法創造教育支援システムの試作

3-1. 問答用コンテンツタイプの作成

コンテンツマネジメントシステムである Plone / CMF を用いて、図1に示すような法創造教育支援システムの試作を行った。オリジナルの Plone システムからの拡張部分は Zope のプロダクトとして実装を行った。

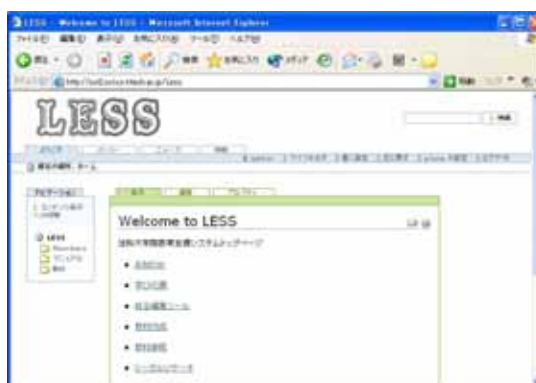


図1：試作システムの動作画面

試作システムにおいては、Zope 2.6.2 をベースシステムとして採用し、Plone 1.0.5 を導入し、日本語化のために、CJKSplitter および ZopeChinaPak を用いて実装した。日本語の文字コードとしては utf-8 を用いることにした。

Plone ではユーザの権限に応じて、自由にコンテンツを追加することができる。教材としてのドキュメントを追加することはもちろん、学生とのコミュニケーションの場として掲示板を用い

たいときには、科目毎に掲示板を追加することができる。学生自身も自習したドキュメントをサーバ上に追加できるので、ドキュメントを学生同士で共有することも容易にできる。このようなコンテンツの追加が自由に行えるのが、コンテンツ管理システムを用いる最大の利点である。

Zope では、基本機能としてセッション管理機能を備えており、きめ細かなセキュリティ設定ができるようになっている。セキュリティ機能とセッション管理機能を組み合わせることで、同一のコンテンツの表示を利用者毎に変更することが容易にできる。つまり、教師の見る画面と学生を見る画面とをブラウザ毎に切り替えることができるのである。この機能を利用して、教師と生徒との問答を以下のようにモデル化する。教師はあらかじめ設問と回答を入力しておき、生徒には設問のみを見せる。生徒は設問に対する回答を入力し、教師が用意した回答と照らし合わせて、次の設問へと進んでいく。すなわち、教師が作成した設問コンテンツと学生が作成する回答コンテンツの二つのコンテンツを相互に関連付けながら、学習を進めていくことになる。図2は設問画面の例である。画面上では、質問と回答以外にも質問の趣旨をあわせて入力している。学生がこのコンテンツを見るときには、趣旨や回答は表示されずに、質問だけが表示される。学生は質問の下のフォームに自らの回答を入力すれば、教師の予め与えた回答と自らの回答を照らし合わせて、もっとも近い回答にあわせて次の質問に進んでいく。ここで、教師が与える回答としては、正解だけでなく、よく誤りやすい回答も同時に与えておくことは言うまでもない。



図2：設問画面の例(教師側)

このようにして作成したオフライン問答システムでは、対面での問答とは異なり、すべてのデータがデータベースに登録されるので、データベースを参照することで設問集の改定を容易に行うことができる。

3-2.Prolog との連携

Plone による法創造教育支援システムと推論エンジンとの結合を図るために、Javascript によって記述された Prolog エンジン[4]の活用を検討した。Javascript はブラウザ上で動作するスクリプト言語であり、クライアント側で動作するため、サーバ側の負荷がほとんど生じない。サーバ側で Prolog を動作させる場合、サーバの能力によって同時接続数が限られることになるが、クライアント側で実行すれば、端末数だけ同時に推論システムを起動することができる。クライアント側での完全な推論システムの開発[5,6]は並行して進めているが、簡易版として Javascript 版 Prolog エンジンとの連携による教育支援の検討を行った。Javascript 版エンジンでは、二つのテキストフォームで、Prolog プログラムとゴールの二つを入力する。エンジンはゴールの推論結果を画面上に出力する。このエンジンは単独の HTML ファイルとして実現されているので、Web サーバ上から提供す

る以外にも、メールに添付して送付することもできる。

Javascript 版 Prolog エンジンでは、知識ベースに格納すべき知識を Javascript のデータとして予め与えておく事になる。日本語を使えるように拡張しておくことで、法学部の学生にプログラミングさせたところ、Prolog の初学者であっても、国際売買法の一部のように小規模なプログラムの作成には十分活用できることが確かめられた。この方法では、知識ベースをスクリプトの一部として埋め込むので、知識ベースの動作確認に使えるだけでなく、仮説的な知識ベースを与えれば、仮説の検証を行うためのツールとしても用いることができる。仮説の検証ツールとしての機能の実証については、時間の関係で行えなかったが今後実証を進めていきたいと考えている。

4.法創造教育支援システムの再設計

試作した教育支援システムを吉野教授の授業において試験的利用を行ったところ、擬似的な問答を行うシステムが授業に活用できることが確かめられた。しかしながら、授業での利用を通じてコンテンツタイプの修正が何度となく行われ、コンテンツタイプの拡張が容易に行えなければならないことが明らかになった。表示部分のカスタム化は容易に行えるものの、フィールドの追加などのクラスの変更を伴うような修正については、python プログラムの修正が必要となってしまう。Python がスクリプト言語であるので、開発自身は比較的容易であるものの、コンテンツタイプを追加するのはプログラムコードが複雑になってしまうという問題が明らかになった。

これを解決するためには、既に Archetypes というソフトウェアが開発中であるので、今後は

Archetypes の利用を検討している。Archetypes は、フィールドの集まりをスキーマとしてとらえることで、フィールドの追加・削除が容易にできるようになっている。コンテンツタイプをスキーマと付随する処理に分けて記述することができるので、プログラムの見通しが良くなり、コンテンツタイプの開発を短期間で行うことができるようになる。

5.まとめ

本研究では法創造教育支援システムの試作を行い、その上で様々な機能拡張が行えることを確認した。試作システムの評価に基づいて、システムの再設計を行った。現在、Archetypes を用いてシステムの改良を行っているところであり、オフラインの模擬裁判システムの開発を進めているところである。

<参考文献>

- [1] Zope, <http://zope.org>
- [2] Plone, <http://plone.org>
- [3] ZMS - Open source Content Management for Science, Technology and Medicine, <http://www.zms-publishing.com>
- [4] Prolog in Javascript, <http://ioctl.org/logic/prolog-latest>
- [5] 桜井淳, 論理プログラミングシステムのインタフェースの実現に関する研究, 学士論文, 東京工業大学, 2004 .
- [6] 高橋全, 安定モデル生成のための高速処理に関する研究, 修士論文, 東京工業大学, 2003 .

オンライン論争を支援するシステム

システムの概要と利用体験 -

新田 克己

東京工業大学(院) 知能システム科学専攻

nitta@dis.titech.ac.jp

1. はじめに

オンライン論争とは遠隔地にいる者同士がコンピュータネットワークを介して行う論争である。模擬裁判や模擬調停は法学教育における重要な演習の場であるが、従来は準備の負担からそれほど頻繁に行うことはできなかった。また、模擬裁判などの過去の記録も十分に利用されているとは言えなかった。そこで、ここではオンライン論争システムを開発することにより、多くの学生に模擬裁判や模擬調停を体験するチャンスを増やすと同時に、過去の記録の積極利用を目指して研究を行った。

本稿ではオンライン論争システムの概略と、実際に模擬調停に利用した実験の結果について報告する。

2. オンライン論争支援システムの概要

オンライン論争は、参加者が自分のパソコンからインターネットを介して、論争サーバに接続することで行われる(図1)。接続された参加者は、テキストを交換することによって議論をすることができる。われわれが開発した論争支援システムは、議論をするだけの通常のチャットシステムの機能に加えて以下の3つの点で論争を支援するものである。

(1) アニメーションを用いたユーザインタフェース

(2) 論争経過のダイアグラム表示

(3) 論争結果の記録と検索

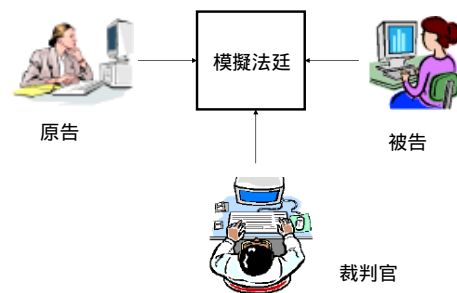


図1: オンライン論争システム

2-1. アニメを用いた論争インタフェース

論争は図2に示すような、論争インタフェースを用いて行われる。この図では対立する二人の相談者と調停者の3人のアニメが表示されている。それぞれのユーザは自分の担当するアニメの表情をコントロールすることができる。このようなアニメーションを使う目的は、ユーザの匿名性を保持しながら、テキストに現れない非言語情報を相手に伝達するためである。アニメーションが不要な場合は、この機能ははずした使い方も可能である。



図 21: 論争インタフェース

ユーザの発言は、音声入力かキーボードによる直接入力で行う。発言の際、付加情報として「リンクデータ」と「アニメの表情」を入力する。リンクデータとは、「その発言と以前の発言との関係(新たな主張, 前の発言の合意や否定や補足, 前の発言に対する質問と回答, 新たな要求や拒否, など)」を記述したものである。発言内容に加えてこのリンクデータを入力することにより、議論の構造が明確になり、議論が効率化されることが期待できる。

2-2. 論争経過のダイアグラム表示

論争経過は、リンクデータを用いると、どの発言とどの発言が関係あったかをグラフ構造として記述することができる(図3)。グラフの個々の節点(ノード)は抽象化された発言内容の識別記号を値として持っている。これは、論争の中で論点となりうる事実や判断をあらかじめリストアップしておくものであり、Ashley の論争支援システム Hypo[7]の dimension と類似の概念である。以下にその例を示す。

- [f1] 不良品を送った。
- [f2] 代金は未払いであった。
- [f3] 表示が不正確であった。

このようなグラフ構造を用いることにより、発言の細かな内容にとらわれることなく、論争の経緯を抽象的に把握することができる。その結果、異なる論争の間の論点の推移の類似性を判断することができる。

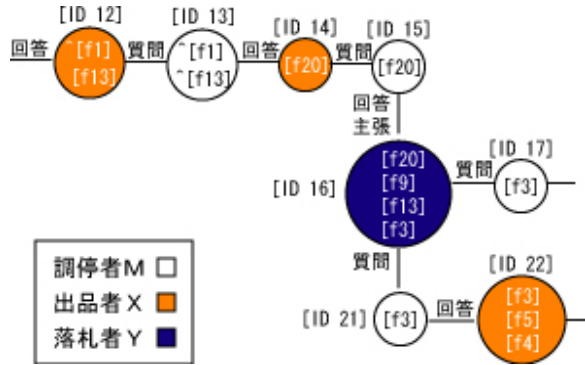


図3: 論争のダイアグラム

2-3. 論争結果の記述と利用

発言の内容はXML文書として自動的に記録される。この文書には、発言者、発言間の関係、アニメの表情、各発言の要点(前述)なども記録される。

過去の発言記録(XML文書)は、データベースに蓄積され、検索の対象になる。たとえば、特定のキーワードを与えて、そのキーワードを含む論争記録を検索することができる。また、現在、進行している論争の現在の場面と類似した場面を過去の論争記録から検索することもできる。

また、同一事件について学生に論争(模擬裁判や模擬調停)を何組も行わせ、その結果を蓄積することにより、論争結果の統計的な解析をすることが可能となる。たとえば、論争の傾向とカリキュラムの間の相関関係や、論争の傾向と学生の成績の間の相関関係を分析することにより、講義計画をたてる際の材料を提供することができる。

3. オンライン論争支援システムの事例分析

前の章で紹介した論争支援システムについて、以下の2つの点を調べることを目的として模擬調停実験を行った。

(1) 調停を対面で行ったとき、システムを使用したとき、論争の進行状態に相違があるかどうかを調べる。

(2) 同一の論争問題において、学生によって論争の進行状況にどの程度の多様性があるか、また、類似事例の検索が可能かを調べる。

3-1. 実験方法

実験方法は、同一の模擬調停問題を11組行い、その論争結果を比較する方法を用いた。11組のうち8組は理科系の学生によるものであり、3組は法学部の学生によるものである(ほかに法学部の学生による4組の事例があるが今回の分析には間に合わなかった)。また、11組のうち、8組は対面での調停をビデオ撮影し、後でテープ起こしすることでテキストデータに直した。残りの3組は前節で紹介したオンラインの論争支援システムを用いた。

模擬調停の題材として、ネットオークションで生じたトラブルの事例を用意した。これは、車のマフラーのオークションで商品説明が不十分だったため、落札者から「商品に問題がある」としてクレームがついたというケースである。双方に共通の知識のほかに、出品者だけの秘密知識と、落札者だけの秘密知識を与え、調停実験を行った。調停の途中で、相手の秘密事項をうまく聞き出した側が有利になるという設定になっている。

この問題設定の論争候補となる事実は44個あり、それぞれに[f1], [f2], ... というように識別

符号を付けている。その一部を図4に示す。この図に示すように、ある事実は落札者に有利であり、ある事実は出品者に有利である。また、ある事実は出品者と落札者に共通の知識であるが、ある知識は一方だけが持っている知識である。

[f1]送られてきた商品に問題がある

[f101] 異なった材質の商品が送られてきた。
(落札者に有利, 共通知識)

[f104] 商品は特注品であった
(落札者に有利, 出品者の秘密事項)

[f2] 出品時の説明に問題があった。

[f120] 商品の材質の説明がなかった
(落札者に有利, 共通知識)

[f3]クレームの方法に問題があった。

[f108] 出品時にノークレームノーリターンと記載していた (出品者に有利, 共通知識)

[f112] 2ヶ月経ってクレームを付けた
(出品者に有利, 共通知識)

図4: 実験における論争リストの例

これらの事実は全く独立というわけではなく、論争の間には図5に示すように依存関係がある。たとえば、f104(「特注品であった」)からf12(「正規品でない」)に実線の矢印が引かれ、f106(「出品者は特注品とは知らなかった」)からf12に2重線の矢印が引かれている。これはf104を主張することは、f12が成立することを補強し、f106を主張することはf12が成立することを阻害することを表している。

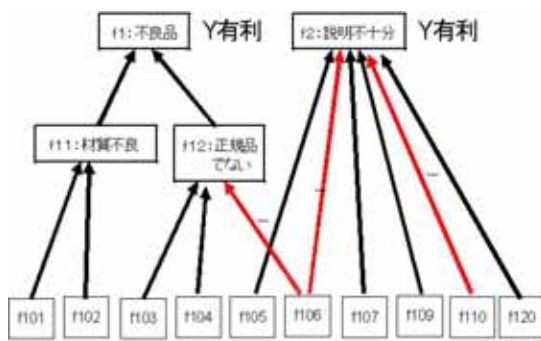


図 5: 実験における論点間の関係例

3-2. 実験結果

(1) 対面の場合とシステム使用の場合の比較

対面方式の場合、調停時間は平均して約1時間であり、本システムを利用した場合、調停時間は平均して約2時間であった。システムを利用した場合、対面方式に比べて実質的な発言内容に変化があったかどうかを以下に分析する。

対面方式による調停と本システムによる調停の違いに関して、どのような事実が争点になったかを調べたところ、表1のような結果が得られた。システムを利用した場合、平均発言数は減少しているが、逆にシステムを利用した方が多くの論点が出現している。このことから、システムを利用しても模擬調停の発言が抑制されることはなく、むしろ効率的な議論が行われたことがわかる。

表 1: 対面式とシステム利用の比較

	全体の 発言数	論点の 出現数	1 発言の 論点数
対面	71.0	19.2	1.43
システム	64.5	21.5	1.67

また、実際の発言内容を比較すると、システムを使うことの利点が以下のように観測された。

- ・発言の文法構造が口語よりも正確である。
- ・ログの見直しが可能なため、議論がうまくかみあい、論争の進行がスムーズである。
- ・事実や発言内容の矛盾等についての指摘や質問が増え、より深い議論が行われている。

(2) 調停の進行状況の多様性の分析

実験では同じ事件に対して 11 組の模擬調停を行ったが、その論争の進行状況を比較するとさまざまな変化があった。たとえば、うまく相手の弱点を見つけ出して議論が深まったものがあるが、ほとんど表面的な事実しか議論されていないものがあった。また、相手の弱点は見つけれなかったが、調停案に妥協しないために議論が長引いたものがあった。さらに、調停者が積極的に議論を進行させたものがある一方、調停者は司会に徹したものもあった。

図 6 は実験で得られた 2 つの論争記録 E1 と E2 を論争グラフにし比較したものである。E1 はわずか 26 回の発言数で両者が調停案に合意しているのに対し、E2 は 77 回の発言を行っている。これは述べられた論点の種類と出現順によって変化している。

次に、論点の推移について分析する。発言者は、自分に有利となる論点を主張する場合には、強める関係にある論点を根拠として述べる。逆に、反論する際には、主張や根拠となっている論点を弱める関係にある論点を用いて反論を行う。ただし、弱める関係にあると知らずに述べて不利な状況を招いてしまう場合や、逆に強める関係にある論点に気付かずに反論できないという場合もある。

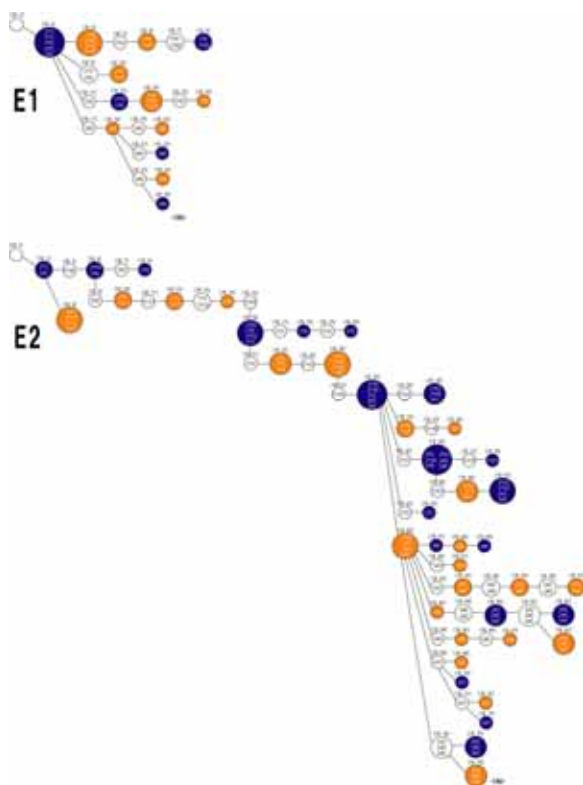


図6: 論争グラフの比較

11組の模擬調停(それらを ex1, ex2, ..., ex8, s1, s2, s3 と記す)に関して、発言された論点の重なりに着目して類似度を測定した結果を図7に示す。図で数値が大きければ大きいほど(最大で1.00)論点の重なりが大きい、すなわち、論争結果が類似していることを表している。この図では類似度の高い部分に網掛けをつけているが、この網掛けのついた事例の組を見ると、ex3 と ex5 と ex7 の類似度が高く、ex2 と ex6 の類似度が高く、ex4 と s2 の類似度が高いことがわかる。

ただし、類似度が高い事例であっても、必ずしも発言内容が類似しているとは限らない。例として「刻印」が争点となった場面の発言を以下にあげる。

	ex1	ex2	ex3	ex4	ex5	ex6	ex7	ex8	s1	s2	s3
ex1	1	0.333	0.645	0.798	1	0.635	1	0.635	0.635	0.928	0.635
ex2	0.333	1	0.632	0.334	0.335	0.818	0.335	0.618	0.408	0.377	0.408
ex3	0.645	0.632	1	0.671	0.815	0.775	0.845	0.775	0.775	0.730	0.775
ex4	0.798	0.334	0.671	1	0.798	0.377	0.798	0.377	0.377	0.818	0.289
ex5	1	0.335	0.645	0.798	1	0.635	1	0.635	0.635	0.928	0.635
ex6	0.635	0.818	0.775	0.377	0.635	1	0.635	1	0.687	0.707	0.687
ex7	1	0.335	0.645	0.798	1	0.635	1	0.635	0.635	0.928	0.635
ex8	0.798	0.707	0.671	0.75	0.798	0.688	0.798	0.687	0.687	0.707	0.687
s1	0.635	0.408	0.775	0.377	0.635	0.687	0.635	0.687	1	0.471	0.687
s2	0.928	0.377	0.730	0.818	0.928	0.707	0.928	0.707	0.471	1	0.471
s3	0.635	0.408	0.775	0.289	0.635	0.687	0.635	0.687	0.687	0.471	1

図7 11組の調停事例の類似度

ex5:

調停者:「Xさん、アルスター製の商品には全て製造番号の刻印があるらしいのですが実際の商品にはそれがなかったんですね。」

出品者:「後で調べてわかったことなのですが、Zが製造したものならば刻印があるはずなのですが、受け取ったものにはそれがありませんでした。」

調停者:「ではXさん、それに対して説明をお願いしますか。」

出品者:「私自身、このマフラーを手に入れたのが一年前のオークションでして、そのマフラーの出品者がZに直接依頼して、作らせた商品ですので製造番号がないというのはそのせいだということです。」

ex7:

落札者:「(前半略)また、送られてきた商品に、本来付けられているZ社の製造番号刻印というものがなく、私としては本当にZ社の物かどうか疑わざるを得ず、これを2万円で購入しなければいけないことに少し納得がいかない。」

調停者:「刻印というのはZ社製のものに

は全部ついているのですか？」

落札者：「そうですね，Z社製のものには刻印がついています。」

調停者：「それが今回はなかったと。」

落札者：「はい。」

調停者：「刻印がないということでZ社製かどうか疑わしいということですが，そこはどうですか？」

出品者：「刻印に関してですが，このスポーツマフラーを手に入れたのはオークションで手に入れたのですが，問い合わせが来たあと確かめたのですが，前のオーナーが特注でZ社に作ってもらったもので，これは間違いなくZ社製のマフラーと確認しました。」

現時点では11組の事例しか得られていないために，発言内容の類似性の高い場面は一部しか見ることができない。しかし，事例が蓄積されていくと，発言内容の類似性が高い場面が急速に増加すると考えられる。

4. おわりに

オンラインの論争支援システムの概要と，それを用いた模擬調停の分析結果を紹介した。

模擬調停に論争支援システムを用いた場合，対面で行う場合と比較して，時間はかかるものの，キーボードを用いることのハンデは予想したより少なかった。議論がかみあうこと，記録が残しやすいことを考えると，論争支援システムの方が有利な点もあった。今回は入力時に音声認識システムを用いなかったが，音声で入力できれば，論争支援システムの利点がより活きてくると考えられる。

論争経過の記述法については，まだ初歩的

な段階であり，改良の余地があるが，論争をグラフ表示することで，類似場面の検索が容易になり，他の論争経過との比較がある程度容易になった。このグラフ表示を利用することによって，論争結果の採点や要約などの自動化をするのが今後の課題である。

<参考文献>

- [1] 電子商取引推進協議会 (ECOM)
ネットショッピング紛争相談室，
(<http://www.ecom.jp/adr/>)
- [2] シロガネ・サイバーポール
(<http://www.scyberpol.org/>)
- [3] 田中，安村，新田：仲介エージェントを用いた論争支援システム，人工知能学会知識ベースシステム研究会，2003.
- [4] 湯浅，安村，新田：交渉エージェントのための表情抽出アーキテクチャ，人工知能学会知識ベースシステム研究会，2002.
- [5] 田中，安村，新田：調停支援システムのための事例の分析，情報処理学会デジタルドキュメント研究会，2004.
- [6] Ashley, K.D: Reasoning with cases and hypotheticals in HYPO, Int. J. Man-Machine Studies 34, pp753 -796, 1991.

法創造教育の実践と評価の指針

- Haft の学習モデルと認知的学習論の観点から -

鈴木宏昭

青山学院大学文学部

E-mail: susan@ri.aoyama.ac.jp

本報告の目的は Haft (1983) により提案されている法律の学習方法と認知科学の成果を関連づけ、現在までに開発されてきた法創造教育のコンテンツ、および支援システムを適切に評価するための指針を探ることにある。

1. Haft の提起する問題

Haft (1983) は、法律という抽象的なルールを学習し、それを現実的な問題に適用する際に「アクティブに学習」することの重要性を強調している。彼に従えば、アクティブに学習することは、

- (1) 構造を作り出すこと、
 - (2) 通常事例(類型)を重視すること、
 - (3) さまざまな操作により構造と通常事例との間につながりを作ること、
- とまとめることができよう。

これらの主張は現代の認知科学から見てもきわめて重要な知見を数多く含んでいる。1 は Johnson-Laird(1983) に始まるメンタル・モデル理論の先駆けとなる主張であるし、また 2 は Rosch and Mervis (1975) から Lakoff (1987) に至る新たなカテゴリー論と軌を一にしている。しかし、法律学習の認知心理学的観点から興味深いのは、3 である。法律と法的问题(ある種の事例)との間の関係は、認知心理学の文脈においては学習の転移の問題として数多く

の研究がなされてきた問題である。また転移における事例の重要性を強調する彼の主張は、類推的転移(analogical transfer) と密接な関係にある。

そこで本論文では、Haft の著作以降に行われた(類推的) 転移の研究を援用し、Haft の主張の裏づけを目指す。特に、類推の準抽象化理論との関連づけを行い、柔軟な法律家を育成するために必要な法創造教育の指針を明らかにする。

2. 原理と事例

本節では、まず人間の学習が学習時点で用いられた事例、例題に強く引きずられる傾向があることをまず論じる。この傾向を克服するために、原理、抽象的なルール(類推の文脈では抽象化(abstraction)) の必要性が強調されることが多い。しかし人間、特にその領域の初心者がこれらを用いる場合には著しい困難がある。この困難を 2.2 で理論的に分析する。

2-1. 人間の学習における事例の利用

人間は学習時点で用いられた例題の表層的な部分に強く引きずられてしまうことは古くは Thorndyke (1931)以来、多くの研究が一致して示すところである。たとえば、Ross (1987) の研究では、いくつかのタイプの確率の公式を例

題を用いて教え、その後に例題との類似性をシステムティックに変化させた転移課題を与えてその成績を比較した。つまりここでは例題がベース、転移課題がターゲットとなる類推が行なわれているわけである。転移課題は、表 1 にあるように例題の登場人物と問題のストーリー(筋)を変化させたもの 4 種類が用意された。この表の中のクロスマップとは、登場人物(のタイプ)とその解法上の役割が反転した課題である。この実験の特徴は、転移課題にはそこで使われるべき公式も一緒に書かれていたという点である。

表 1 Ross(1987) で用いられた転移課題と正答率

問題タイプ	筋	登場人物	正答率
+/+問題	同一	同一	.74
+/-問題	同一	クロスマップ	.37
+/0問題	同一	異なる	.54
0/0問題	異なる	異なる	.56

被験者は用いる公式はわかっているのに、単に問題中の要素を書いてある公式の項に当てはめればよい。したがっていかなる転移問題の間にも差はないと考えられる。しかしながら、例題と筋も登場人物も同じ転移課題(+/+課題)が最も成績が良いという結果が得られた。これについては、問題の筋のような全体の構造(類推における構造とは異なるが)が影響したのではないとも考えられる。しかしながら、こうした解釈は成り立たない。最も成績の悪いのは筋が同じで登場人物がクロスマップされた+/-課題だったというのが第一の理由であり、筋が例題と同一で登場人物の異なる+/0課題と、筋も登場人物も異なる0/0課題との差はなかったことが第二の理由である。これが示すことは、例題の中で結びつけられた構造上の役割と特定の人物のタイプが保持され、転移課題において例題と同様のタイプの人物が与えられると、例題での構造上の役割が想起され、

それらの間で写像が起こるということである¹。

2-2. 原理の利用における問題

人間の学習が事例に引きずられるということから、原理や抽象的ルール的重要性が強調されることがある。しかし、抽象的なことはわかりにくいし、覚えてもなかなか使えないケースが多い。問題解決研究、教授心理学的研究が明らかにしてきたことは、抽象的なルールを単に教示すること、および単にそれを知っていることは、転移にとって有効ではないということである。法律においても自体は同様であり、条文さえ暗記すれば、その後は単にそれを具体的な問題、事件に適用できるというわけではない。

つまり、抽象的でありさえすれば、問題が解決するわけではないのである。こうした困難が何に起因するのかを本節では鈴木・村山(1991)、Suzuki(1994)にしたがい検討する。

2-2.1 検索

まず検索においての困難から考えてみよう。もし経験が非常に抽象的な形で保存されていたとすると、そこに含まれる情報は具体的なベースと比べて非常に少なくなることが予想される。すると、問題場面で与えられたさまざまな意味的な手がかりを直接的な形で利用することができなくなる。こうした非常に抽象的な抽象化が利用されるためには、与えられた問題自体も抽象化と同レベルの抽象度で表象されなければならない。問題の抽象化の仕方についての制約が明確でない場合には、レベルを一致

¹ この実験では語彙レベルの意味的類似と問題解決上の構造が不一致であるためネガティブな結果が導き出されたが、人間が意味的類似を利用して、構造を作り出すことを示しているとも解釈できる。

させて抽象化を行うことは困難な作業となる。というのも、一般に問題の中には抽象化の対象とならないような情報が数多く含まれているし、また抽象化の水準も複数考えられるからである(福田, 1997)。

2-2.2 変数の解釈

利用においてはさらにいくつもの困難が待ち受けているが、その多くは変数に関わるものである。抽象的なルールは変数を含んでいる。変数はそれらを含む抽象化が適用されるべき世界の中のある対象群を表している。たとえば、「鳥類は卵生である」という言明では、卵生であるという事実は鳥の種類にかかわらず成り立つことである。また、オームの法則はいかなる電圧、抵抗の電気回路にも適用できる法則である。これらにおいては、「鳥であるところの X 」、「電圧であるところの V 」などが変数となっている。変数のこうした性質によって、抽象的なルールは一般性が保証される。つまり、そうした対象が存在する世界では無条件に成り立つことが保証されるわけである。しかしながら、こうしたことが成り立つのは変数が適切に解釈された場合に限られる。

変数の特定:

変数の解釈には 3 つの困難がある。第一に、抽象化の中の何が変数かを確定することである。これは一見簡単そうに思われるが、その領域の初心者にとっては簡単なことではない。

ルール中の変数の解釈:

第二の困難はルール中の変数の解釈にある。前述したように変数は特定の形で解釈されねばならない。しかし学習者がこれを正しく理解している保証はないし、多くの場合は教える側の仮定するものとは異なっている。

変数の対応:

第三の困難は与えられた問題中のどの情報かどの変数に対応するのかを決定することである。問題中の情報をよく分析すれば、それが抽象化の中のどの変数に対応するかは理解できるはずであるが、この分析をうまくできない場合も多いのである。

こうしたことからすると、万能と思われる抽象化や抽象的なルールの利用にはさまざまな困難があることがわかる。特に変数の解釈に関する困難は、人間が与えられた問題から作り出す問題表現(problem representation)と深いかかわりを持っている。

人間の問題解決過程は問題から問題表象を作り出す「問題理解」のプロセスと、問題表象に対して解決プランを生成したり、適当なオペレータを作用させる「実行」のプロセスとに分けることができる(Riley, Greeno, & Heller, 1983; 鈴木・村山・鈴木・杉本, 1989)。公式や解法は一見万能のように考えられている。しかし、それは適切な問題表象が生成された場合に限定されることに留意しなければならない。

3. 人間にとっての構造、抽象化

事例に依存した学習を克服するためには、抽象化、抽象的ルールが必要となる。しかし、前節での議論からすると、抽象化の利用には、検索、変数の解釈などの困難があることは明らかである。本節ではまず最初に抽象化とは何かということ自体について考え、それとの対比の上で人間の用いる抽象化の性質を特定し、このパラドックスを解決する可能性を検討する。

3-1. 抽象化の性質

抽象化とは非常に操作的な言い方をすれば、具体事例の持つ特徴の一つ以上取り去ったもの(あるいは変数化したもの)であるといえる。古典的な概念学習の実験などでよく用いられた人工概念を例にとってみよう。たとえばそこで用いられる刺激が色、形、およびそれが置かれている位置(右、左)の3次元からなっていたとする。そこである事物は赤くて、四角くて、左に置かれている。また、別の事物は赤くて、丸くて、左に置かれている。ここから、形についての情報を取り除くと、「赤くて、左に置かれているもの」という抽象化が出来上がる。また、そこからさらに位置情報を取り除けば、「赤いもの」という抽象化が出来上がる。ここで注意すべき点は、特徴を取り去ることに何の制約もなく、原則的にはどんな特徴でも取り去ることができるのである。しかしながら、人間の用いる抽象化、概念、カテゴリーは人工概念とは異なり、こうしたことは成り立たない。特徴をランダムに抜きとってしまうと、現実には存在しない抽象化が出来上がってしまうケースもあるし、確かにそれに該当する事物はあるが、全く意味を持たない抽象化が出来上がってしまうこともあるかもしれない。

3-2. 抽象化と目標

前節で述べたことから、人間が生成した抽象化には特徴の構成について何らかの制約があると考えざるを得ない。本論文で論じている抽象化は問題解決、学習、説明、理解において用いられるものである。これらに共通しているのは、目的に向けた活動であるという点である。とすると、抽象化における特徴の構成には目的が関係している可能性がある。人間は、自らの活動にとって同じ意味を持つものを一まとめ

にすることを通して抽象化し、それを用いてさまざまな認知活動を行っているとは考えられないだろうか。では、人間には目的に基づいた抽象化を生成する能力があるのだろうか。古典的な概念研究では主に知覚的な特徴をベースにした概念形成が扱われてきた。しかし、Barsalouは一連の研究の中で、人間は知覚ベースではなく、ゴールに基づいたカテゴリーを生成していることを明らかにしてきた(Barsalou, 1987, 1991)。たとえば、「火事の際に持ち出すもの」、「ダイエット中に食べてはいけないもの(あるいは食べるべきもの)」、「休暇旅行の時にスーツケースにつめるもの」などはゴールに基づいたカテゴリーの例である。このようなゴールが与えられることにより、知覚的には全く類似していないさまざまな対象(子ども、預金通帳、宝石類等々)が一まとめにされる。また、村山(1990)は、「活動」という観点からカテゴリーについて論じている。彼は武器というカテゴリーを例にとってカテゴリーと活動の関係を論じている。一般にカテゴリーは知覚的な類似に基づいて形成されると信じられているが、武器の個々の事例は到底知覚的に類似しているとはいえない。ピストル、剣、爆弾、こん棒、弓矢などは到底形状が似ているとは思えない。にもかかわらず、これらが同一のカテゴリーに含まれるのは、これらがすべて「人を殺傷する」という活動に関与しているからであると村山は主張している。一般に人工物カテゴリーは、ある目標によって組織化されているケースが多いと思われる。食器に関する下位カテゴリー、文房具などは、知覚的にはかなりの異なるものが多い一方で、「食物を盛る」、「ものを書く」などの目的を達成することに必要な条件を満たしている。これらのことからすれば、我々が目的を構成原理とするカテゴリーをも生成してい

ることは明らかであろう。

3-3. 準抽象化

以上のことが意味するのは、人間の抽象化は、具体的なベースから任意に要素を抜きとった（変数化した）ものではないし、また抽象度を上げるために、可能な要素を次々と変数化することによって生み出されたわけでもないということである。ここでは、活動の達成、より一般的に言えばシステムの機能の実現と維持という目的が存在し、そこに関与するさまざまな対象や関係が一般化された形で相互に結びつき、それが抽象的な心的実体として存在しているのである。これらの中には意味あるものとして文化の中に定着し、さらには学校で教えられるようなカテゴリーもあるだろうし、個人がその経験の中で独自に築き上げたものもあるであろう。たとえば、「植物」、「机」、「大学」などは前者に相当するだろう。また、受験生が受験勉強中に気づくある種の問題群、たとえば「数学的帰納法」で解ける種類の問題とか、ベテランのセールスマンがその経験から獲得した「もう一押しで落ちるタイプの客」などは後者の例であろう。以上のことから、人間の用いる抽象化には、目的が組み込まれていることが導かれる。さらに、抽象化の中には、その達成に関連する要素がある時には個物として、別の時には変数化された形で含まれ、それらと目的の間には因果的、機能的、意味的な関係が存在している。また、当然ではあるが、これらの要素はこの関係を満たす条件をその内部に保持している必要がある。

以上のことから、人間の抽象化は

* 一般化された目標の達成に向けたものになっ

ている、

- * 抽象化内の対象や関係はその目標の達成という観点から、意味的、機能的に結びついて
- いる、
- * またそこに関与する対象は目的を実行するための条件を満たしている、

という性質を持っていることが示唆される。こうした性質を持つ抽象化を以降、準抽象化(quasi abstraction)と呼ぶことにする。ここでは、任意の抽象化ではないという意味で「準」という限定が付き、一般化された目標の達成に関わるものであるという意味において「抽象化」という用語が用いられる。

こうした性質を持つ準抽象化は、類推による問題解決、学習、説明など、ゴールが関係する認知活動を行う時に関与している可能性は高いと考えられる。以下では、いくつかの例及び対比例を用いて、準抽象化のより詳細な特徴づけを以下で行う。

3-4. 例：電気回路における準抽象化

ここでは、類推研究においてよく用いられる電流と水流の間の類推を例として挙げ、実際の類推における準抽象化の利用のされ方を説明する。

電気回路と水流(システム) は学校教育でも用いられることのある、学習者にとって利用しやすい類推である。Suzuki (1998) は大学生を特にベースを与えず、被験者(大学生) の自発的な類推を観察した。この実験に参加した被験者のほとんどは、液体(典型的には水)がパイプの中を流れていることをベースとした類推を行っていた。彼らの行った類推を通して、次のような重要な示唆が得られた。

第一に、類推のベースは確かに水流システ

ムであるが、実際の水流のシステムとは考えられないということである。実験においてはさまざまな種類の回路が用いられた。あるものは、電池が直列に2つ接続され、電球が2つ並列に接続されていたり、別のものは電池が並列で抵抗が直列に接続されていたりした。しかし、これに対応するような水流システムについての経験が被験者に存在するとは考えられない。そもそも、ポンプで押し出された水が閉じた回路の中を流れるということ自体がきわめて不自然な事態であり、これについての実際の経験が存在しているとは考えられない。

第二の特徴として、彼らの類推において写像レベルの間違いが全く存在せず、即座に正しい写像が行われることが挙げられる。写像は計算的にきわめて困難な課題であり、適切な制約を入れてもその計算コストはかなり高い。しかしながら、この実験の被験者において、水が電池と対応づけられるとか、パイプが電球と対応づけられるなどという例は一つとして存在しなかった。このことは、写像が(ある種の制約があるにせよ)悉皆的に行われている可能性がきわめて低いことを示唆している。

第三の特徴として、問題によってベースを容易に変更するということが挙げられる。被験者らはふつうは液体の流れをベースにした類推を行っているが、抵抗における発熱が関与する問題になると、水の流れではなく、固体(小さな球、人、電子)などの流れをベースにした類推を行う。さらに、この変更は多くの場合、何らの困難もなく自然に行われている。このベースの自然な変更は従来のモデルから説明することは難しい。というのも、もしあるベースが妥当ではないと判断された時には、ベースの検索、写像をもう一度始めからやり直さざるを得ないからである。

これら3つの特徴は従来の類推についての理論(Gentner, 1983; Holyoak & Thagard, 1995)からは容易に説明できないことであるとともに、準抽象化の存在を強く示唆している。この類推のベースとなる準抽象化は「流れる系(flowing system abstraction)」と考えられる(Suzuki, 1998)。つまり、具体的な水流システムについての経験はないが、この準抽象化を課題状況に合わせて調整することにより、類推を行っていると考えられる。

この準抽象化は、

- * 流れる物体
- * 流れる経路
- * (物体を流す) 力

という3つの構成要素を持つ。この間の典型的な関係は、「物体が力を受けて、経路の中を流れる」というものである。ここから明らかなのは、この準抽象化がきわめて単純な構造を持っているということである。この単純さは第二の特徴として挙げた間違いのない即座の写像を説明する。構成要素が基本的に3つしかなく、その各々はお互い相互に異なっている。したがって、従来のモデルが仮定するように、類推初期において膨大な数の写像候補が生成されるということない。

もう一つの重要な特徴は、構成要素がシステムの目的によって組織化されているという点である。この準抽象化は「物体を流す」という機能の維持に関する目的を持っており、ランダムに特徴を削除して抽象化を行った結果生み出されたものとは考えられない。ここでは、各構成要素はこの目的の維持のために因果的に、機能的に結びついている。例えば、パイプは「流れるものが通るところ」とか、水圧は「流れるものの勢い」というような意味を持つようになる。つまり、流れということに関して、それらがどの

ような役割を持つのかという目的、機能的な観点から意味が割り振られているのである。

もう1つ重要な点は、この準抽象化では、対象が「流れるもの」、「流れるものが『通る』ところ」というように変数化されて表現されているということである。したがって、これらは具体的なターゲット問題の制約の下で、ベースの要素を埋め込まない限り意味ある推論を生み出さない。この意味で「流れる系」という準抽象化は二階の一般化の一種と考えることが出来る (Indurkha, 1992; Weitzenfeld, 1984)。この性質によって、第三の特徴、つまり被験者が自然にベースを変更することを説明できる。対象は変数化されているので、それが目的を満たす限りにおいて、自由に置換えが可能である。また、固体が流れるというモデルに変更しても、準抽象化内のすべての要素を置き換える必要は全くない。なぜならば、押し出す力や経路の存在は準抽象化によって既に保証されているからである。

さらに、準抽象化を仮定することにより、ベースの変更における一貫性も保証される。仮にある時点まではうまく機能していたベースを別のベースに変更した場合には、それまでに推論してきたことと、これから推論することの間に一貫性が存在する保証はない。しかし、もし以前に使っていたベースと新しいベースが同じ準抽象化の事例であるとすれば、これらは準抽象化の観点からして同一であるから、以前の推論とこれからの推論の間にはある程度までの一貫性が保証される。このように、電気回路と水流システムとの類推においては、「流れる系」という準抽象化が介在し、その意味においてこれら二つが同一であり、よって相互に置き換えが可能になっていると考えられる。

3-5. 法律における準抽象化

以上の性質を持つものとして準抽象化をとらえた場合、Haft の述べる「構造」は準抽象化とかなりの程度の類似点を持つと考えられる。

目的依存性

準抽象化を特徴づけるのはその目的性にあった。この性質は Haft の「構造」についても同様に当てはまる。ただし、準抽象化とよりよい一致があるのは、階層的概念構造ではなく、事実関係構造のほうである。たとえば、第7章に挙げられている、背任罪の粗構造は、財産所有者、行為者、第三者の3つの構成要素がそれぞれ(法律という観点からみて)機能的な関係に置かれている。これはある意味で当然とも言える。法律においては、心理学実験や一部の哲学の思考実験にあるような人工的な問題ではなく、現実的な問題に対処する必要があるのであるから、構造は問題の法的解決という目的に主導されたものでなければならない。

単純性

Haft は構造は巨大であってはならないことを繰り返し述べている。実際、多くの要素を含む複雑な構造は作業記憶の要領限界を越えることはもちろん、初心者が理解することも、また利用することも困難である。少ない要素数で大枠を捉えることが重要である²。

また単一の構造では問題が解決できないケースが多いので、通常は複数の構造を組み合わせ(連結、交差)させる必要がある。こ

² Haft は短期記憶の限界を 7§2 としているが、近年の作業記憶(working memory) 研究によれば、その容量 3.5 程度と言われている。

の場合でも構造が巨大で深いものである場合には、その作業は著しく困難になる。

階層関係

Haft は構造は単一ではなく、高度に抽象的な粗構造から、より具体的で精細な構造に至る、構造の階層の重要性を指摘している。実際、抽象的な構造は、それが特に単純な構造の場合には、与える情報は多くはない。大枠を捉えそこから推論をさらに進めるときには、より詳細な情報が必要となる。実際に電気回路の場合でも、「流れる系」として捉えただけでは、発熱が関係する問題に対して有益な推論を行うことは難しい。この場合、「流れるもの」を粒のようなものとして具体化することにより、多くの情報を得ることが可能となる。

4. 準抽象化の生成

準抽象化と Haft の「構造」とは重要な点において一致していることが明らかになった。最後に、現実の法創造教育方法の開発にあたって、今後の課題となる準抽象化の生成について論じる。

準抽象化の証拠は、通常の人であれば当該題材に関与する準抽象化を保持してると考えられる実験から得られている。一方、法律的な問題については知ろうとあるいは初学者の準抽象化がそのまま適用できないケースも多い。

この点について「通常事例から始める」という Haft の指摘は貴重である。通常事例とは、ある意味でその状況の解釈がほぼ一義に決まるものであるといえる。こうした当たり前の事例を分析することにより、準抽象化(構造)の構成要素およびそのあいだの関係を明らかにすることができる。

ただしここにとどまっていたはより高度なレベルに達することは難しい。そこで Haft が強調するのは、通常事例と現在の間の偏差を考えることである。そしてそのためには、

- (1) 当該問題にとどまるのではなく、関係的思考により、さまざまなバリエーションをもたらすこと、および
- (2) そのバリエーション間の一貫性を考えること、の2つが重要であることを指摘する。

関係的思考がそもそも学習者に可能なのか、またそうでない場合どのようにして可能させることができるのかについては具体的な証拠は挙げられていない。これについては、Collins and Stevens (1982) らの発問のストラテジー研究がきわめて有効であると考えられる。彼らの理論では、問題となる状況を and/or グラフで表現し、その中のノードをシステムティックに変更することで、既存のルールの再解釈や、新しいルールの発見が導かれることが示されている。法創造教育においては、これらの手法を積極的に導入し、関係的思考を促すことが考えられよう。

< 参考文献 >

- [1]Barsalou,L.W. (1987). The instability of graded structure: Implications for the nature of concepts. In U. Neisser(Ed.), *Concepts and Conceptual Development: Ecological and Intellectual Factors in Categorization*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- [2]Barsalou, L. W. (1991). Deriving categories to achieve goals. *The Psychology of Learning and Motivation*, 27, 1 64.
- [3]Collins, A. & Stevens, A. L. (1982). Goals and strategies of inquiry teachers. In R. Glaser (Ed.), *Advances in Instructional Psychology*. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- [4]福田健(1997). 事例の想起における抽象化の効果. 『認知科学』, 4, 72 82.
- [5]Gentner, D. (1983). Structure-mapping: Theoretical framework for analogy. *Cognitive Science*, 7 (2), 155 170.
- [6]Haft, F. (1983). *Einführung in das juristische Lernen*. Bielefeld, Germany: Verlag Ernst und Werner ieseking. (平野敏彦訳(2003)「レトリック流法律学習法」. 木鐸社).
- [7]Holyoak,K.J.&Thagard,P. (1995). *Mental Leaps: Analogy in Creative Thought*. Cambridge, MA: The MIT Press. 鈴木宏昭・河原哲雄監訳 (1998). 『アナロジーの力: 認知科学の新しい探求』. 新曜社.
- [8]Indurkha, B. (1992). *Metaphor and Cognition: An Interactionist Approach*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- [9]Johnson-Laird, P. N. (1983). *Mental Models*. Cambridge, MA: Cambridge University Press. (海保博之(監訳) (1988) 『メンタルモデル』産業図書).
- [10]Lakoff, G. (1987). *Women, Fire and Dangerous Things: What Categories Tell Us about the Nature of Thought*. Chicago: University of Chicago Press. (池上他訳 (1993). 『認知意味論』. 紀ノ国屋書店).
- [11]村山功(1990). 人間にとってのカテゴリー. 佐伯胖・佐々木正人(編), 『アクティブマインド』. 東京大学出版会.
- [12]Riley, M. S., Greeno, J. G., & Heller, J. I. (1983). Development of children s problem solving ability in arithmetic. In H. P. Ginsburg (Ed.), *The Development of Mathematical Thinking*. New York: Academic Press.
- [13]Rosch, E. & Mervis, C. B. (1975). Family resemblance: studies in internal structure of categories. *Cognitive Psychology*, 7, 573 605.
- [14]Ross, B. H. (1987). This is like that: The use of earlier problems and the separation of similarity effects. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 13, 629 639.

[15]Suzuki, H. (1994). The centrality of analogy in knowledge acquisition in instructional contexts. *Human Development*, 37, 207-219.

[16]Suzuki, H. (1998). Justification of analogy by abstraction. In K. J. Holyoak, D. Gentner, & B. Kokinov (Eds.), *Advances in Analogy Research: Integration of Theory and Data from Cognitive, Computational, and Neural Sciences*.

[17]鈴木宏昭・村山功(1991). 人間の学習におけるプラグマティックな表現の役割. 『認知科学の発展』, 4 巻, 79-103. 鈴木宏昭・村山功・鈴木高士・杉本卓(1989). 『教科理解の認知心理学』. 新曜社.

[18]Thorndyke, E. L. (1931). *Human Learning*. New York, NY: Century.

[19]Weitzenfeld, J. S. (1984). Valid reasoning by analogy. *Philosophy of Science*, 51, 137-149.

Lawyers as Creative Problem Solvers and Their Education©

By Thomas D. Barton
© 2004, All Rights Reserved

I. THREE MODES OF LEGAL PROBLEM SOLVING, plus THEIR ASSOCIATED STRUCTURES, LAWYER SKILLS, and “TENSE”

A. *Modes of Problem Solving*

Although we do not often stop to consider it, legal problems are resolved in three basic ways, or “modes:”

- (1) through *judgment*, the decision rendered by a judge as part of litigation;
- (2) through *consent*, where two or more parties to a legal issue resolve it among themselves; and
- (3) through *the conscious design of systems of rules and procedures*. Good system design helps to prevent legal problems as well as to solve those problems that arise.

B. *Associated Legal Structures*

Associated with each of the three modes of legal problem solving are characteristic clumps of substantive legal rules and procedures. For want of a better phrase I shall call these associated rules and procedures “structures:”

- (1) Structures associated with the *judgment* mode of legal problem solving are the procedures and power structure of formal litigation, and the substance of the common law or interpretation of statutory legal rules.
- (2) Structures associated with the *consent* mode of legal problem solving are the rules of contract creation and the procedures of collective bargaining, mediation, and negotiation.
- (3) Structures association with the *system design and prevention* mode are legislation and regulation, and various non-judgmental, non-consensual procedures like the checks and balances of the U.S. Constitution, or the Administrative Procedures Act. Also strongly associated with the system design mode are non-legal processes of communication and mutual adjustment of parties to a problem or potential problem.

C. Associated Lawyer Skills

Similarly, for each mode of legal problems solving there are particular associated lawyer skills:

(1) ***Judgment***: legal analysis; legal research and writing; and oral advocacy

(2) ***Consent***: negotiation; active listening; empathy; strategizing; collaboration; the ability to generate multiple options for outcomes or arrangements through brainstorming or self-conscious re-framing of problems; and decisional flexibility by assessing proposals or options through multiple dimensions like logic, truth, feasibility, morality, efficiency, and emotion.

(3) ***System Design and Prevention***: imagination, abstract and flexible thinking; understanding personal motives and the need for multiple, diverse forms of communication; and a recognition that procedures for change must be provided in any ongoing human environment.

D. “Tense”

Finally, each of the three modes of legal problem solving also has a characteristic “tense,” i.e., past, present, or future:

(1) ***Judgment*** is past oriented. This is because authoritative legal judgment (i.e. litigation) typically works by:

- (a) seeking to discover historical facts;
- (b) assessing those facts against established legal rules;
- (c) so as to determine blame or liability (and, incidentally, to vindicate the legal rules themselves).

(2) ***Consent*** is largely present-oriented, with some future orientation. This is because the consent mode typically works by:

- (a) uncovering current preferences and interests of the parties;
- (b) generating alternative solutions, the most acceptable and desirable of which offer a fair compromise of those interests or the prospect of “win-win” gains.

(3) ***System Design and Prevention*** is future oriented. This is because system design typically focuses on processes, although it may also set out substantive boundaries or entitlements. The processes are concerned to:

- (a) uncover and thus prevent potential trouble;
- (b) create multiple ways for multiples people to address the problems that do arise; and
- (c) build ways for the system to self adapt, i.e., change itself in response to

changing conditions through an amendment process or consensus alteration of the procedures.

II. LAW TEACHING

Law teaching in the United States is very strongly focused on the *judgment* mode of legal problem solving, with its attendant structures of litigation procedures and legal rules, plus its attendant lawyer skills of legal analysis, research and writing, and oral advocacy.

It is difficult to determine which of these three—the judgment mode itself, its associated structures, or its associated lawyer skills—really drives legal education. The typical case-method style of instruction conflates all three: the text about which the class is centered is itself a judgment that measures human behavior against legal rules; this judgment is justified by the structures of litigation procedures and common law rules; and the opinion’s argument suggests the skills of close analytical thinking and strong advocacy.

It is enough, perhaps, simply to observe that the traditional law school curriculum strongly emphasizes a consistent—but limited—view of law and lawyering. Alternative Dispute Resolution courses (“ADR”) and some “planning” or more integrative courses do address the *consent* mode of legal problem solving. Virtually no law school course self-consciously addresses the *system design and prevention* mode of legal problem solving.

If one accepts the idea that much legal problem solving really is by consent or through conscious system design, then law schools are under-emphasizing not only those alternative modes of problem solving, but also their associated legal structures and associated lawyering skills.

How, then, can law teaching be broadened to address better the consensual and system design/prevention modes of problem solving? In two ways: first, through adding more courses that particularly focus on those alternative modes; and second, through consciously articulating the consensual and system design modes in existing courses.

In the remainder of this paper I will elaborate the second option, suggesting ways that existing courses can be re-framed to increase their reference to the structures and skills of the consent and system design modes.

III. ARTICULATING NEW MODES IN EXISTING COURSES

A. Existing Courses, the Subject Matter of which Have Strong Consensual or System Design Components

The substance of a few courses already are based on, or have strong components of, consensual or system design modes of legal problem solving. Existing course in which the law employs significant consent or system design/preventive modes of problem solving include:

§ **Consent:** Contracts; Interviewing and Counseling; ADR courses except Arbitration (because in Arbitration the mode is still judgment, even though the judgment is made by a private person rather than by a judge);

§ **System Design/Preventive:** Constitutional Law; Administrative Law; some regulatory courses like Environmental Law, Health Law, or Land Use Planning; and some integrative courses like Business Planning and Real Estate Transactions.

The task in bringing the alternative modes of problem solving into those courses is to **emphasize what is already there**. Do this by explaining **how** the consensual or system design mode differs from the judgment mode; and **why** this alternative mode of legal problem solving is actually used in this area of law.

(1) Explaining how the consensual and system design/preventive modes differ from the judgment mode

A start was made above in explaining these differences. Other differences among the three modes can also be described:

(a) the relative reliance on power:

The judgment mode relies very heavily on power. The legal norms governing the case are enforced by the state; the judge assumes jurisdiction and legitimacy through the state; the formalities of court assume a clear power structure that begins with the law itself, and moves downward through the judge, to the attorneys, to the parties. The attorneys attempt to summon the power of the law on behalf of their clients by arguments made to the court. Any remedy that follows the court's judgment is enforceable through the power of the state.

The consent mode, on the other hand, relies very little on power. Instead, it assumes that the parties will have fashioned an agreement that is acceptable to both, in the best interests of both to respect. The consent mode can be highly informal and unstructured. Unlike litigation, the parties themselves may have a significant role in the problem solving.

The system design/preventive mode may or may not employ considerable power. The main body of the U.S. Constitution, a document creating a system to solve the problem of self-governance, assumes the power of the state and allocates among the states and the branches of the federal government. In contrast, where a private corporate counsel sets up an employee program as part of a corporate compliance program, virtually no power is employed. In general, a constructed system may rely on achieving deliberative ordering—like the sort of order that emerges from a conscious effort to design and build a lawnmower—or on “spontaneous” ordering which, once set in place, in essence runs itself through the mutual adjustment of its parts, like the formation of a snowflake from the internal mechanics of molecular crystallization.

(b) different sources generating norms

In the judgment mode, the judge as agent of the state articulates the norms. In consent, the parties themselves do so, based on their aims and influenced by their culture. In system design, the norms largely await articulation *and amendment* later, by elements that are empowered through the system.

(c) disparate concern for ongoing personal relationships

The judgment mode typically is unconcerned with future personal relationships. This follows in large part from its strong past orientation. Its concern is to assess historical behavior against legal rules. The consent mode may or may not care about the consequences of its problem solution on the personal relationships of the parties. Too illustrate, if the problem solved by consent is an automobile accident between strangers, future relationships will not likely be a major focus. In contrast, where the problem solved is the custody of a child, relationships may be paramount. As to system design/prevention, again it will vary with the problem, but the wise system acknowledges the importance of satisfactory personal relationships and attempts to harness those relationships as a source of legitimacy and strength for the system.

(d) how emotions are handled

The judgment mode does not relish dealing with strong emotions. Apart from its strategic use by lawyers in appealing to the jurors and the occasional emotional intensity of a witness, emotion is out of place in the courtroom and can even draw a contempt warning. In the consent mode, emotions may be a routine part of the procedures. In community mediation, for example, the ventilation or communication of emotions is often deemed important to crafting a sustainable agreement. In systems design/prevention, again the reality and power of emotion may be both acknowledged and harnessed.

(e) the ease with which problems of complexity, intimacy, potential violence, or public values are treated

The system design/preventive mode does well with problems of very great complexity, meaning those in which multiple variables must be traded off against one another. A system often works best when comprised of numerous elements that can buffer one another. The judgment mode does poorly with this sort of problem. Consent is midway—it is less formal, thus permitting the measure of various options. However, the ordering is typically deliberate, thus relying on the quality of information and acuity of the particular parties. Consent works very well, however, with questions of intimacy, since the parties will likely understand one another well, and an agreement may be based on deep understanding of personalities. Once again, the binary quality of the judgment mode flounders with issues of intimacy.

The judgment mode works well, however, when potential violence accompanies the problem or its non-resolution. Being based largely of power, the judgment mode is most reliable in suppressing disorderly behavior. Judgment also can work well where it seems important that the solution to the legal problem be articulated in public, as an expression of state-backed norms. Consent does poorly along this domain, especially since many of the decisions are, by agreement of the parties, kept secret. The system design/preventive mode can do well on the public values dimension of issues where initial entitlements or substantive boundaries for actions must be set.

(2) Explaining why the subject matter of this particular course leads to employing a strong measure of the consensual or system design/preventive mode

In large part, this may be a function of the particular sorts of problems often encountered in an area of law. Attributes of these commonplace problems faced in the particular area of law may suggest strongly that one mode is more efficacious, along the lines described immediately above. Here are some examples of problem attributes typically faced in some legal subject matter areas, and the mode of problem solving thereby suggested:

(a) consent

- § Does this subject matter often confront problems that require adjusting ongoing strong personal relationship that have a long history and many incidents of mutual blame?
- § Are problems encountered in this subject frequently accompanied by strong emotions?
- § Would the remedies of traditional legal judgment be ineffectual or unenforceable?
- § Does the subject often entail choosing between alternative legitimate, legal courses of action, each with various attributes and advantages?

(b) system design/prevention

- § Are problem encountered not just of transactions, but of relationship, as in a merger of businesses with differing corporate “cultures” or personnel that have been very differently trained?
- § Or what if the problems are about future governance or grievance management, in which the precise nature of the problem is unknown, personnel are likely to change, substantive or process values are debatable, and background conditions are volatile?

IV. EXERCISES THAT ILLUSTRATE AN EXPANDED LAWYER SKILL-SET

In both heavily traditional, judgment mode courses, and in courses like those described above that already partake of some use of the consensual or system design/preventive mode, some easy in-class exercises can be done to enhance student awareness of the alternative modes of problem solving. These exercises need not take more than a couple of classes in a semester, so that they do not compromise coverage of legal doctrine. Further, the exercises are simple, requiring very little time to be spent in advance by the instructor. Finally, the instructor should not be deterred by his/her very limited knowledge of the lawyer skills that are associated with either the consensual or system design/preventive modes—the point of the exercises is *not* to teach the skills to the students. Instead, the purpose is to alert the student to the existence of the alternative modes through comparing the outcomes of a problem using first the judgment mode, and then one of the alternatives.

Recall that in traditional judgment mode classes, the casebooks strongly orient problem solving toward the past. This is because the concern of litigation procedures—reflected in the court’s judgment—is to discover what happened so as to measure the parties’ behaviors against the legal rules, so as to determine which party is liable, or to blame.

The trick, therefore, is to place the students into either:

- § the present tense, to illustrate lawyer skills that are useful in the consensual mode of problem solving; or
- § the future tense, to illustrate lawyer skills that are useful in the system design/preventive mode of problem solving.

Rather than drafting hypothetical fact patterns, the instructor can “shift the tense” of the students by re-casting the facts of a case that appears in the casebook. Not only does this save time, but using the facts of a reported case dramatically illustrates the different legal outcomes from the use of different problem solving modes. *Many* cases in traditional casebooks may readily be re-cast into the present or future tense.

A. Illustrative Exercises: Back to the Present

The most promising cases in the casebook to be re-cast into the present tense would be ones in which: first, we can imagine that both parties to the dispute essentially lost in the end, owing to high litigation costs or destroyed personal relationships. Second, a case is best used where the law is clearly doubtful, as evidenced by a strong dissent being reprinted in the casebook.

- § Do the re-casting *after* the class has discussed the case in a traditional way, so that the students are fully familiar with the facts.

- § Have the students imagine themselves in the position in which a *loss* has occurred, but we are not yet in litigation
- § The task of the students will be to role-play the attorneys for the parties trying to negotiate a solution to the problem.
- § Have the students break up into teams of two, by simply turning to a person who is physically close.
- § Once done, go around the room and assign a number to each team of two persons. Tell the students to keep track of their numbers.
- § Assign the even number teams to represent the plaintiff, and the odd number teams to represent the defendant.
- § Assign the students to meet as teams out of class to discuss the real interests of their client in the problem. Then they should brainstorm all imaginable solutions, and determine a negotiation strategy based on the desirability of the various outcomes.
- § Assign team 1 to negotiate against team 2 out of class, team 3 against team 4, etc. until either impasse or to solution is reached.
- § The next following class, have students report their results. If the class is very large, the instructor can ask for a show of hands instead of individual reporting, to illustrate the range of money settlements reached.
- § The instructor should also then ask for any unusual settlements to be reported, where some “win-win” combination or cooperative arrangement was found.
- § In all the class discussion, the instructor should elicit and emphasize student comments that illustrate the particular lawyer skills associated with the consent mode of legal problem solving:
 - § active listening;
 - § empathy;
 - § strategizing;
 - § collaboration;
 - § creative option generation through conscious re-framing of perspectives of imagining of alternative metaphors
 - § decisional flexibility through assessing option on the multiple dimensions of logic, truth, feasibility, emotions, and personal relationships

Importantly, again, *the instructor need not teach negotiation skills for the exercise to work.* The point of the exercise is not to teach skills. Rather, the point is to contrast the

outcomes reached using the consent mode rather than the judgment mode as reflected in the casebook. The students will incidentally enjoy the exercise, as a different way of approaching a legal problem, and as a break from the otherwise uninterrupted focus (at least in first year classes) on the skill of analytical thinking. Further, the students will likely spend much time and intellectual energy arguing their legal positions during the negotiation. Once again, doctrine need not be sacrificed.

(B) Illustrative Exercises: Back to the Future

To re-cast a casebook judgment into the future tense so as to illustrate the system design/preventive mode, the students should imagine themselves in the position prior to *either* loss or litigation. By doing so, they will be foreseeing the legal consequences of future actions, and are positioned to suggest measures that may prevent legal problems and liability.

In all of the examples that follow, the instructor should try to connect follow-up student comments and proposals regarding the exercise to the particular skills that lawyers use in the system design/preventive mode of legal problem solving:

- § imagination
- § abstract and flexible thinking
- § understanding personal motives and the need for multiple, diverse forms of communication; and
- § a recognition that procedures for change must be provided in any ongoing human environment.

In the examples that follow, the students are somehow placed in a position of looking ahead. They are at the planning stages of a transaction, or the design stage of an educational program for employees, or at the beginning of a process of public comment on a public project; or designing procedures and entitlements that then later will be used in a power/judgment mode.

(1) Contract Law

Take a case involving a contract breach: my favorite for this purpose is the famous *Wood v Lucy, Lady Duff-Gordon* case about a fashion promoter and a celebrity personality. Break the students into negotiating teams, as described above. Tell the students that they are to negotiate a contract out of class that will

- § create better incentives in the contract so that neither party will be tempted to breach;
- § avoid litigation even if there is a breach, by:
 - § making the duties of both the promoter and the celebrity clear, rather than relying on promises to be implied by the judge;
 - § including clauses that require airing of grievances informally, in varying ways,

§ prior to filing suit; and
§ including a liquidated damages clause.

(2) *Tort Law*

Following a casebook problem about sexual harassment (or any civil rights discrimination matter):

§ Break the students into groups of three, with both male and female members
§ Assign the groups to work out of class to suggest workplace rules that will:
§ prevent complaints about sexual harassment;
§ set up a variety of ways for those who feel victimized by harassment to register
§ their complaints; and
§ establish a variety of possible ways for potential offenders to learn about the
allegation and be held accountable.

(3) *Property Law*

Have the students work in teams of two in which they are the City Attorney. A traffic engineer for the city has consulted them about a proposed new highway that is desperately needed in the city. It would run diagonally through the city, which is otherwise laid out on a grid pattern.

The precise siting for the road is uncertain, but significant resident opposition can be expected *wherever* the highway is placed. The engineer seeks advice from the City Attorney about setting up a program that would receive community input about the location of the highway, and that would minimize the potential for expensive, obstructive lawsuits.

The student should work out of class to suggest methods for:

§ meeting with the public
§ bringing in suggestions about siting
§ creating incentives for residents to *want* the new road to go through their neighborhood,
perhaps by offering new parks, public landscaping, or more pleasing street lights
§ airing grievances; and
§ non-litigation procedures for dealing with serious disputes.

In class, have the students report on the various alternatives they have devised. This discussion can be expanded or restricted as much as time permits.

(4) Criminal Law

Working in teams of two, assign the students the role of Attorney General of the United States. Their task will be to devise a set of procedures for dealing with U.S. residents (both legal and illegal) who are accused of planning terrorist acts in the U.S., as part of an internationalist terrorist network.

The students must take both the legal responsibility and the political heat for their system. The President has given a free hand in designing the set of procedures, but says that it must be in accord with "American values." In follow-up class discussion, the instructor should press students not only on the system design/preventive skills, but also on the Constitutionality of the system and the feasibility of its administration.

