

# 実践的法学教育論

——民法の授業の現場からの一試論——

伊藤 滋 夫

## 目 次

- 第一 はじめに
- 第二 法学部における法学教育の目的
  - 一 ジェネラリストかスペシャリストかの議論の持つ実際の意味
  - 二 法学部の法学教育の目的としての民法の基本的理解の意味
- 第三 法的思考力の習得のための方法
  - 一 紛争解決のために基本的に必要なこと
  - 二 「なぜ」の重要性
  - 三 「なぜ」に対するあるべき答え方
- 第四 おわりに

## 第一 はじめに

法学教育については、数多くの文献がある<sup>(1)</sup>。それらは、大学における法学教育の目的が企業のビジネスマンや一般公務員などのジェネラリストの養成か、法曹実務家をも含めたスペシャリストの養成をも任務とすべきかといった所を論

ずるものであったり、更には、最近では、「学生よ大学に戻れ」と、大学と司法試験予備校とのいわゆるダブルスクールの問題がクローズアップされたり、大学院の役割の重視に伴う学部機能の変化も論じられたりするようになってきている。<sup>(4)</sup> そうした際に、大学の学部の授業が果たして多くの学生にとって魅力あるものになっているかなどの問題もよく論じられるように思われる。しかし、そうでありながら、経験豊富な多くの先生方が実際に多くの講義・演習を実施しておられるにもかかわらず、どのように工夫してその授業を魅力あるものにしようかとされているかを論じた、いわば体験的現場教育論が語られることは、意外と少ないように思う。<sup>(5)</sup> もっとも、ケースメソッドとの比較という意味での技法論は語られることが多い。<sup>(6)</sup> 学生を予備校から大学に呼び戻すためにも、あるいは、どのような教育の実際がジェネラリストあるべきかが、まさに問題であるとしても、<sup>(7)</sup> が極めて重要であると思われる。そのためには、まず第一に、もっと各大学教師の授業の実際が公表され、それについて多くの意見が交わされても良いのではなからうか。

筆者は、現在、学部についていうと、一年生に民法総則の、二年生に債権総論の各講義をし、三・四年生については民法の演習（主として債権法の分野の判例研究）を担当している。裁判官の経験が長く教師として全く未熟であるだけに、自己の行っている講義・演習（以下総括的に両者をいうときは、単に「授業」という）が果たして水準に達しているのかどうか自信が持てない。それだからこそ、自己の授業の底にある考え方などを述べ、多くの方からの御教示を得て、その改善を図りたい気持ちが強い。そこで、小生のように大学教師になってまだ四年にもならない経験不足のいわば新米大学教師<sup>(8)</sup> の出る幕ではないと思いつつも、そうした点についての率直な記述をして、大方の御批判を得たいと思う。これが、本稿作成の目的である。

もっとも、例えば、授業の際にOHPを使うか、黒板にどのような図や絵を描いてみせるかなどの種類の授業の技法

には、ここではさほど深入りするつもりはない。ここで主として論じようとするのは、どのような目的意識を持ち、その目的をどのようなやり方<sup>(9)</sup>によって達成しようとするかということである。どのような目的を持って授業を行おうとも、分かり易くするための種々の工夫といったものが考えられ、それはもとより極めて重要なことであるが、それは差し当たり本稿における筆者の関心事ではない。そして、本稿の内容が結果として、何らかの意味で少しでも現在の法学教育に関する問題の改善に寄与することができれば、それこそ望外の幸せである。

前述の法学系大学院の機能の変化や、司法修習生の増員・司法修習期間の短縮（平成一一年四月から司法修習期間は一年六か月になる）などの法曹教育制度の変革なども含めて考えると、現在の法学に関する教育制度は、大きな変革期にあるといわなければならず、もとより、そうした問題について、筆者としても大きな関心を持っている。しかし、本稿は、そうした法学教育の制度的在り方を論ずるといった研究論文ではなく、全くの一現場大学教師の雑ばくな法学教育に関する感想に過ぎない。「実践的法学教育論―民法の授業の現場からの一試論―」と題した所以である。なお本稿は、特に断らない限り、大学院の法学研究科ではなく大学の法学部における授業を念頭に置いて論じている。

まず、法学教育の目的を度外視して授業の在り方を論ずる事はできないので、本稿をその点から始めることにしたい。

#### 注

- (1) 最も新しく、参考になるものとして、大村敦志「現代日本の法学教育―法学部における教育を中心に」『岩波講座・現代の法15 現代法学の思想と方法』（平九、岩波書店）があるし、広く注目を集めたものとして、本稿の取り扱う主題とはやや異なるが、柳田幸男「日本の新しい法曹養成システム―ハーバード・ロースクールの法学教育を念頭において―（上）、（下）」ジュリスト一一二七号一一一頁以下、同一一二八号六五頁以下（いずれも平一〇）がある。また、本稿において扱う法的思考力をリーガルマインドと同じものと捉えたとすると、「リーガルマインドに関する文献一覧」（法学教室一九九五年四月号三〇頁、三一頁）がある。

- (2) 松浦教授は、わが国では、法学部における法学教育の目的として、「法学的一般教養もしくは法律的教養を備えた社会人〔中略〕の養成」とする多数説と、「法律的教養を具えた社会人の養成のみならず、法律的専門職〔中略〕に必要な基礎的素養を与えること」も挙げる少数説とがあるとされる（松浦馨「学部における法学教育の目的について（上）」判例時報一〇六二号五頁〔昭五八年〕）。また、高野耕一・元本学教授も、このゼネラリストとスペシャリストの問題について触れておられる（高野耕一「オリエンテーション」―法律学科一年生の諸君へ―大東法学四巻一号二一四頁〔平六〕）。
- (3) 座談会「変わりつつある法学系大学院と法学部」〔司会國井和郎教授〕ジュリスト一一二五号四八頁中の本間通義弁護士（平九）の発言。
- (4) 前掲注3座談会ジュリスト一一二五号三六頁以下。
- (5) 最近のものとしては、大学における法学教育のあるべき特色についての著者の見解を踏まえて、具体的講義の在り方について論じた鷹巢信孝「『役に立つ講義』ってどんな講義？―所有権に関する法律問題を例にして―」佐賀大学経済論集三〇巻一・二合併号二四一頁以下（平九）がある。また、実務家出身の大学教授の法学部における授業の体験談も語られているものとして、座談会「実務家出身教授から見た大学の法学教育」〔司会・高野耕一・元本学教授〕法の支配九三号三九頁以下（平五）がある。
- (6) 例えば、座談会「アメリカの法学教育と日本の法学教育」〔司会・田中英夫教授〕ジュリスト六〇〇号九〇頁以下（昭五〇）。
- (7) もしこの呼び戻しという趣旨が、大学と予備校とを全く同一視して、大学が、現に予備校の行っているすべてを行おうとする前提でいわれることがあるとすれば、筆者は、それには異論がある。
- (8) いささか揶揄的表現ではあるが、この新米大学教師ということに関しては、拙稿「新米大学教師日記①から⑥・完」書齋の窓一九九八年七／八月号から一九九九年一／二月号がある。
- (9) 言葉の本質的意味としては、「やり方」も「技法」も異なるところはないと思うが、後者は、ややテクニカルなニュアンスが強いように思うので、本稿では、原則として前者を使用することにした。技法という用語を使用する本として、例えば、赤堀侃司『ケースブック大学授業の技法』有斐閣選書（平九、有斐閣）がある。

## 第二 法学部における法学教育の目的

### 一 ジェネラリストかスペシャリストかの議論の持つ実際的意味

既に述べたように、法学部における法学教育の目的については、それが企業のビジネスマンや一般公務員などのジェ

ネラリストの養成か、法曹実務家をも含めたスペシャリストの養成をも任務とすべきかといった所に従来の論議の少なくとも中心があったように思われる。しかし、ジェネラリストの養成であれ、スペシャリストの養成であれ、その基礎的部分には共通のものがあるのではないかと考える。この両者の教育の差は、その範囲と程度の問題（この両者は密接に関係はしているが、一応は分けられよう）に現れるように思う。前者の問題として、例えば民事執行法の教育をどうするかの問題があり、後者の問題としては、例えば詐害行為取消権を行使した場合の効力の相対性についての学説の詳細についての説明をどの程度するかといった問題が挙げられよう（民法という分野についての基礎的部分の理解ということがどのようなことを意味するかについては、後に詳しく再説する）。通常の行政官庁や一般企業に進む者にとっては、このいづれも基本的には（もとより、強制執行の実態を知って始めて実体法の実現とはどのようなことを意味するかが分かるという意味では、執行の基本を知ることが必要であろう）差し当たり不要であると考えられる。しかし、こと民法の授業に関していえば、民法の基本的理解がジェネラリストであれスペシャリストであれ、およそ社会的活動をする者にとって不可欠であることは疑問の余地がないように思われる。しかも、民法の基本を理解することが、いわゆる法的思考力の育成に多大の効果があることから、直接に学ぶ事柄のみではなく、民法の授業は、学生が広く物事を法的に考えることができる能力を獲得するために役立つと考えられる。

以上のように考えると、こと民法の授業に関しては、その基本的理解を学生に習得させようとする限りにおいては、特に、ジェネラリストの教育か、スペシャリストの教育かといった問題に頭を悩ませる必要はないと考える。<sup>(10)</sup>そして実際問題として、学部レベルでの民法の授業では、スペシャリストを目指す学生に対しても民法の基本的理解を習得させる以上のことはできないのであるから、結局、学部における民法の授業においては、この問題は考えなくてもよいことになろう。

そうすると、ジュネラリストの養成であれスペシャリストの養成であれ、法学部における民法の授業の目的は、民法の基本的理解を学生に習得させることであるということになるが、それだけでは抽象的過ぎるので、その具体的内容を更に考えてみる必要がある。

## 二 法学部の法学教育の目的としての民法の基本的理解の意味

筆者は、民法の基本的理解を学生に習得させるということの主要な内容は、法的紛争を民法の観点から自分の頭で考えて解決し得るようになるための法的思考力<sup>(11)</sup>を学生に習得させることであると考えている。また現に、そうした考えに基づいて授業を行っている。

民法の基本的理解の内容としては法的紛争の解決のため以外のことをも考えるべきではあろうが、およそ民事の実体法（もとより民法はその一つである）<sup>(12)</sup>というものが持つ基本的役割は、社会に起きる民事紛争の解決のための拠り所を示すものである（行為規範としてであれ裁判規範としてであれ）と考えられるので、学部において学生に民法の基本的理解をさせることの内容としては、主として法的紛争解決能力（本稿で言及する紛争はすべて法的紛争であるので、以下原則として「法的紛争」を単に「紛争」という）の基礎となる法的思考力（本項の冒頭で述べたところを簡潔に言えば、こうなる）<sup>(13)</sup>の習得を考えればよいと考えている。もとより法的紛争解決に必要な知識のすべてを学生に与えることなどできようはずもない。もし、学生が法学部において、法的紛争解決能力の基礎となる法的思考力を習得することができれば、学生は、卒業後も自ら判例・学説を調査し考えることによって、あらゆる紛争に対応することが基本的には可能になるが、ある程度の法的知識を習得しても、法的思考力を習得しておかなければ、学生は、卒業後自らの力で紛争に対応することは、既に知っている典型的事例以外にはできないということになる。この意味で前記の法的思考力の習得は決定的に

重要なことであると考える。

このように、学生に習得させるべき法的思考力を紛争解決能力の基礎となるべきものであるとする以上、法的思考力の内容が明確であるためには、当然この紛争解決能力（もとより民事事件についていうものである）の内容が明らかにならなければならない。筆者は、かつて民事事件を取り扱う法曹に必要な基本的能力という形で、類似の内容を考へて述べたことがあったが<sup>(14)</sup>、やや未整理であったように思う。現在の私見を述べれば、紛争解決能力とは、ある紛争の事例についての、①問題点発見能力、②問題点分析能力、③争点認定能力、④法律（差し当たり民法について考える）適用能力、⑤表現能力ということになる<sup>(15)</sup>。そして、そのいずれにも③とはやや関係が薄いが無関係ではない）法律（差し当たり民法について考えることにする）の基本的知識と基本的理解力が必要である。

このように考えてくると、学部での授業においては、学生に対して、民法の基本的知識と基本的理解力を基にして、具体的な紛争事例（学生の理解度に応じて極く簡単な事例も含むことになろう）について、その問題点を発見し（前記①）、分析し（前記②）、それに民法を適用する（前記④）という過程を学ばせ、そうすることによって、将来の紛争解決能力の基礎となる法的思考力を習得させるべく努めることが重要であることとなる<sup>(16)</sup>。基本的には、民法典の定める法条の意味を説明するときにおいても同様の姿勢を採るべきであり、観念的思弁的な説明に終始してはならないと考える。

次に、ここでいう基本的知識とか基本的理解力というのはどういうものであるかが問われなければならない。筆者の前述の考え方によると、紛争解決能力に関する限り、すべては紛争解決に向けられた能力であるから、紛争として基本的なものを解決する能力ということになり、紛争として基本的なものというのは、日常の民事の紛争として通常予想される原則的形態のものをいうことになろう。そして何が原則的なものかということとは、その内容に照らし経験的に判断されるほかはないであろう<sup>(17)</sup>。

そうすると、民法の授業においては、このような意味での基本的知識と基本的理解力とによって問題点を発見し、分析し、それに法律を適用して解決を図る過程を学生に学ばせ、そうすることによって、将来の紛争解決能力の基礎となる法的思考力を習得させるべく努めることになる。例えば、「不動産の所有者甲が、乙にその所有権を移転する意思がないのに、乙名義を使用して他からの所有権移転登記を受けたときは、右登記について乙の承諾がない場合において」甲は、乙が右不動産の所有権を取得しなかったことをもって、善意の第三者に対抗することができるとかという問題を考えてみよう。<sup>(18)</sup>この場合に、虚偽表示の典型例についての基本的知識に照らすと、まず漠然と、そうした典型例とこの応用例とは異なった点はあるが、類似の点もあって、このまま第三者を救済しないでおくということには問題がある、というように問題点の発見がされ、次いで、更に検討が進んで、その問題点の分析として、甲と乙の間には通謀はない、これと似た不実の登記についての乙の承諾もないとの点では典型例と異なるが、乙の不実の登記の作出は真の所有者甲の意思に基づいてされたものであり、第三者はそうして作出された虚偽の外観を信用したのであるから、その意味では典型例と同じであるという考察がされる（このような問題点の発見と分析とは離れ難く結びついており、どこまでが問題点の発見でどこからが分析が区別の付かないことも多いと考えられる）。次いで、民法の適用として、この応用例のような場合にも、典型例としての虚偽表示の制度に内在する基本的考え方からすると、前記のような類似点があることを重視すべきであるから、典型例と同様に扱うのが相当であるとの判断がされることになる。すなわち、このよう不実の「登記について登記名義人の承諾のない場合においても、不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づくものである以上、右九四条二項の法意に照らし、同条項を類推適用すべきものと解するのが相当である。けだし、登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである。」（前掲注18の最判の判示）ということになる。このような判断の過程を通じて将来の紛争



解決能力の基礎となる法的思考力を学生に習得させていくわけである。

なお、ここで注意すべきことは、以上のように考えることができるためには、前記のような典型例を意味する条文の中に、応用例に適用すべき実質的考え方が含まれていることが必要であるということである。もしそういう実質的考え方が含まれていないのに、その条文を使用して説明するというのであれば、それは実質的決定を別の理由で既に行っているながら、そのような決定の結果を、ただその条文を借りて（その条文に仮託して）説明しているのに過ぎないものであって、以上にした思考過程とは異なるものであることに注意すべきである（詳しい説明は省略する）。

そこで次に、以上のような考え方を踏まえて、紛争解決能力の基礎となる法的思考力を学生に習得させるためには、民法の授業において具体的にどのようなようにすべきかを更に詳しく検討してみたい。

#### 注

(10) 松浦教授も、筆者とはやや異なった観点からではあるが、同教授の紹介される前掲注2記載の多数説と少数説との対立について、「わが国の法学部が置かれている条件や背景を前提とする限り」スベンチャリストの養成に必要な基礎的な素養の付与ということはさほどできないから、この両説は、具体的にそれほど大きな差異が生ずると思われたい、とされる（松浦馨「学部における法学教育の目的について（下）」判例時報一〇六三号二三頁〔昭五八〕）。

(11) もとより、実際の紛争は、種々の問題が複雑に絡み合っており、単に民法の観点から考察するのみでは不十分で誤りを犯すこととなるし、また、そうした紛争の解決が完全にできるようになるのには更に突っ込んだ学習と多くの経験が必要なのであるが、ここでいうのは、そうした紛争の解決のためのある一面についてその第一歩をいっているに過ぎない。

(12) 筆者がここで法的思考力とされているのは、「法的なものの方」ということであり、同様の意味の一般的な用語としては、「リーガルマインド」という用語が使用されることが多いと思う。例えば、川端教授は、「わたくしは、リーガル・マインドというのは『法的思考力』を意味すると考えている。」といわれる（川端博「リーガルマインドへのアプローチフロー・チャートのすすめ」法学教室一九九五年四月号一六頁）。リーガルマインドという言葉はやや多義的であるように思われるので、ここでは使用しなかつ

た。

龍峯喜助「リーガルマインドそして日本の歩み―穂積重遠先生から現代法学者までを展望して―」法学教室一九九五年四月号二二頁以下には、リーガルマインドの内容という形で、法的思考力というものの内容がいろいろと紹介されているが、その中では紛争解決能力説が有力として紹介されている。なお、同号四頁以下には、高野耕一・元本学教授による「法律を学ぶということ―リーガルマインドを中心として―」があり、有益である。

(13) 法的思考力の習得としては、こうした紛争解決能力を中心とした考え方に対して、異なった考え方も十分にあり得る。筆者としても、法的思考力としては、紛争解決能力のほかに、紛争予防能力、法的交渉能力、ルール策定能力などの基礎となる法的思考力を含むものであると考えている。しかし、こうした種々の能力相互の関係、こうした種々の能力と法律の種類（民法とか行政法とか）との関係などについてまで、ここで論ずることはできないので、それらの問題点については、他日を期したい。

法的思考力との関係で紛争解決能力だけを考えたのでは不十分であることを詳しく指摘するものとして、中村雅麿「法的思考力の涵養について」鹿児島大学法学論集三二巻一・二合併号二三四頁（平九）が参考になる。

(14) 座談会「司法試験はこれでよいか」〔司会加藤一郎教授〕ジュリスト七〇〇号四五頁の小生の発言（昭五四）。

(15) 龍峯前掲注12二六頁参照。また、千葉和郎氏（元東洋大学教授、元判事）は、司法試験の「ケースの問題でいえば、ケースをどういうふうに分析し、どういう問題点があるかを探し出して、そして自分の蓄積した知識をもってそれを整理し、合理的に判定してそして断定することが求められるわけですが、法学教育で考えているのは、司法試験であろうとなかろうと、そういう判断能力というのですか、物事を法的なセンスをもって判断できるような人間をやはり教育の中で養成していくのだからと思うのですね。」と言われる（座談会前掲注5六三頁）。

(16) ③の争点認定能力及び⑤の表現能力の習得は、小生の授業の現状からすると、通常の授業の中においてこれを行うことは困難である（ただ、小生は、ゼミの夏期合宿において模擬裁判を実施しており、争点認定能力の習得に少しは役立っていると考ええる）。また、表現能力の点についても、試験において論述式の問題を出してそれをテストすることはできるものの、通常の学部の授業においては、これを習得させることは困難であろう。小生の現在担当している民法の授業は、いわゆる大教室における講義式のものであって、そのような場においては、こうした表現の訓練は不可能に近い。

(17) 例えば、多数の債権が存在し、そのうちあるものには抵当権などの優先的担保権があったり、また弁済期や利息・損害金の約定の有無・内容なども種々複雑に違うものがあったりするような複雑な債権債務関係における充当関係の判断からむ紛争などは、複雑な取引社会の現状を考えると実際上必ずしも少ないとはいえないかもしれないが、紛争の形態としては、原則的形態のものを理解した上で検討する応用的事例と考えればよいのではなからうか。

(18) 最判昭四五・七・二四民集二四卷七号一一一六頁の事案であり、こうした事案について、最高裁判所は、「民法九四条二項を類推適用して、甲は、乙が右不動産の所有権を取得しなかったことをもって、善意の第三者に対抗することができない」旨を判示した。

### 第三 法的思考力の習得のための方法

#### 一 法的紛争解決のために基本的に重要なこと

以上の説明からも分かるように、上記の紛争解決事例において基本的に重要なことは、ある制度（前記例は、虚偽表示の制度）が、いかなる趣旨で定められているかということである。その上で、そうした制度の趣旨からいって、当該事例において、それが典型例と異なっているとしても、どれだけその趣旨を押し及ぼして考えるべきかという判断をすることになる。どれだけその趣旨を当該事例に押し及ぼすかという判断をするに際しては、その趣旨の本質的部分はどういうものかという判断と、当該事例にその本質的部分が含まれていると考えるよいかという判断との両方が重要であることになる。こうした判断を適切にするための思考過程を繰り返し実践することが、紛争解決能力の基礎となる法的思考力を習得するために極めて有益であると考える。

例えば、前述の民法九四条二項の類推適用の場合もそうであったが、同様のことを別の例を挙げて考えてみよう。民法五〇九条は、不法行為による損害賠償債権を受動債権として相殺することを禁止している。普通この法条の趣旨は、①不法行為を原因とする損害賠償債権の相殺による満足では被害者の保護に欠けるからこれを禁止し、不法行為の被害者には現実の弁済を得させるものとしたこと、②不法行為の誘発の防止、すなわち他の原因で債権を有している者が、その満足を得られないときに、その債務者に対してあえて不法行為を犯し、その結果生じた当該債務者の損害賠償債権を受動債権として前記他の債権で相殺するというような事態の発生の防止をすることにある、と説明されている。<sup>(19)</sup> 過失

による同一交通事故によって生じた物的損害に基づく損害賠償債権相互の間においては、少なくとも、②の不法行為の誘発禁止の要請を考慮する必要がないことは明らかである。次に、①の現実の弁済という要請の観点についてはどうか。自動債権も受動債権もいずれも不法行為による物損による損害賠償債権という、全く保護されるべき度合いが同等で、しかも一般的には被害の回復の重要性が生命身体に関する損害の場合ほどではないと考えられる両債権の間においても、とにかく不法行為による損害賠償債権である以上現実の弁済を得させることが民法五〇九条の本質的要請であるとみるか、そう見ないか（むしろこうした場合には、現実の弁済が債務者の資力の有無などによって可能になったり不能になったりするの、正義に反するとみて、そのような場合には、相殺禁止は本質的要請ではないと見るか）で意見が分かれ得ることになる。前者の立場を採れば、前記事例の場合にも相殺禁止の本質的要請が働いていると見るべきことになり、後者の立場を採れば、前記事例の場合には、相殺禁止の本質的要請が働いていないと見るべきことになる。いうまでもなく、どちらの立場を採るかによって、結論が異なり得るわけである。<sup>(20)</sup>

民法五〇九条の相殺禁止の本質的趣旨がいかなる場合にも②の要請を貫徹すべきであるということになると、それを曲げて具体的妥当性（例えば、たまたまある具体的事案において、一方の債務者のみに資力がなく責任保険もなく同債務者からは回収ができないが、他方の債務者からは回収可能であるということがあった場合において、そのことからくる不公平の調整）を図ることはできない。それをするとは恣意的解決という弊害をもたらすということになる。そうした解決は、具体的妥当性をあまりにも重視し過ぎて、一般的確実性を損なうものであって許されないと考えることになる。しかし、そうではなく、この事例のような場合にまで民法五〇九条の相殺禁止の本質的趣旨は及ばないと考えることができれば、このような場合においても一般的確実性を害することなく具体的妥当性を図ることが可能になるともいえる。すなわち、具体的事案において、自動債権の債務者が資力不十分であり、受動債権の債務者（自動債権の債権者）が資力十分である場

合には、不公平を生じることになるが、これを避けることができるというわけである。<sup>(21)</sup>

## 二 「なぜ」の重要性

こうした制度の趣旨とは、換言すれば、ある制度がある内容を以て定められている実質的理由となっている基本的考え方をいうものである。すなわち、それは、ある制度が「なぜ」そのような内容をもって定められているかということであるといつてよい。したがって、制度の趣旨を考える重要性は、取りも直さず、「なぜ」ということを考える重要性を意味することになる。制度の趣旨という形で考えるときには、考察の対象が制度といえるほどのものでないときには、制度の趣旨を考える重要性という考え方が活用しにくいように思われるので、制度の趣旨というやや大げさなニュアンスの言葉を法的仕組み（以下単に「仕組み」という）の趣旨と言い換えて考えて見ることにはしたい（そう言い換えることによる実質的差異は何も生じないと考える）。そうすると、すべての法的思考は、突き詰めていけば結局は、ある仕組みの趣旨のある具体的事例への当てはめの問題であると考えられる（もとより、実際には、ある仕組みの趣旨をどう考えるべきかということ自体が困難なことが多いし、ある仕組みの趣旨といつてもそれが複雑な仕組みの趣旨の組み合わせとして考えるべきであることも少なくない。更には、そうした仕組みの趣旨を具体的事例に当てはめて考えることの可否の判断に困難を感じることも多いと思われる）から、そうした意味での仕組みの趣旨、すなわち「なぜ」そうした仕組みがあると考えられるのかということとは、すべての法的思考において基本的に重要なことであるといふべきである。例えば、自己契約の禁止や公序良俗違反という仕組みの趣旨から、紛争の際に必要な自己の代理人の選任を強い立場にある相手方に予め白紙委任することは許されないとか、<sup>(22)</sup> 賃借権の譲渡・転貸の禁止という仕組みの趣旨から、使用実態がほとんど変わらない譲渡・転貸は背信性がないから許されるとか、<sup>(23)</sup> いった具合である。かくして、「おおよそ法的思考をするときには、徹底的

に『なぜ』ということを問い続けることが重要である」というように述べることが可能になる。その意味で、筆者は、法的思考力の根本は、「なぜ」を考えることにあることを強調したい。このことは、どれほど強調しても、強調し過ぎるのではないと考える。ある数学の専門家も、次のように述べている。すなわち、高校生のための現代数学入門講座の「講義が終わった後、一人の高校生がやってきて、『何故、0で割ることはできないのですか』と質問した。〔中略〕考える子供たちは、何故0で割れないのか〔中略〕と考え、悩む。それは、確かに計算の規則である。〔中略〕しかし、こうした疑問はなぜそのような規則を作る必要があるのかというもつとも根源的な疑問である。こうした疑問こそ大切にしなければならぬ。」<sup>(24)</sup>と。数学と法学と分野は異なっても、筆者も誠に同感である。<sup>(25)</sup>

このように、ある仕組みがなぜそのように定められているか、具体的事例にその仕組みの基本的考え方をなぜ適用できるか（又はなぜ適用できないのか）を徹底的に考えることが当該紛争の解決のために有益であるが、同時に、そうした検討を通じて、学生は紛争解決能力の基礎となる法的思考力を習得していくことができると考えられる。

このように「なぜ」という問いを発して考えることが、あらゆる視点からして極めて重要なのであるが、そのような問いを常に発して考えていくとしても、もしそうした問いに対する答が、形式的観念的なものでよいとすれば、それは、学生の法的思考力の習得には無益であるのみならず、有害であるといわなければならない。

そこで次に、「なぜ」に対するあるべき答え方の問題を検討して、本稿を終わることにしたい。

### 三 「なぜ」に対するあるべき答え方

「なぜ」という問いは、前述したところから理解できるように、基本的にはある仕組みの存在する実質的理由を問うことであるから、「なぜ」に対する答は、常に実質的理由のあるものでなければならない。単に、「そういったものであ

る」という程度の説明では答にならないし、いわんや問を発する前提の中に既に答が含まれているものであっては、正当に問に対して答えたことにならないのはいうまでもない。法律学の世界で、ある問題の解決に当たり、もし、何ら実質的理由も示さず単に「それが法規で定まっているルールだからである」といえば、それによって最終的解決が決まってしまうというのであれば、法律学などいらないといっても過言ではなからう。<sup>(26)</sup>

こうしたことは、法文の適用が典型的事例でされているときには、余り実際には問題とならないが、その場合においても、原理的には、なぜそのような法文の定めがあるかを考えた上で、それを適用すべきものであるから、応用事例と本質的には同様の思考が必要であるわけである。次に、こうした「なぜ」という問がどのように、具体的な考察の過程において、発せられ、それがどのように答えられていくべきかということ、幾つかの望ましくない思考例を取り上げながら考えてみよう。

学説にしても判例にしても同様であるが、ときにある具体的な結論を採った理由を説明するのに、検討して採用すべき結論を前提の中にいれて、そこから結論を演繹して出すといった論法が採られているように思われる場合がある。最高裁判所の判例<sup>(27)</sup>を例にとってこの点を説明してみよう。

建物所有を目的とする土地賃貸借契約の更新拒絶に正当事由があるかどうかを判断する場合において同土地上にある建物の賃借人の事情を斟酌することの可否が問題となった事案において、最高裁判所は、要点をいえば、概ね次のように判示している（判例時報のコメントが要領よく、ほぼ正確に要点を纏めているので、これを引用させて頂く）。すなわち、最高裁判所の判決は、「建物賃貸借契約の解約申入に正当事由があるかどうかは、借地契約の更新拒絶に正当事由があることが肯認された場合にはじめて生起する問題であって、これを後者の正当事由の存否の判断の資料とすることは、論理的矛盾を含むばかりでなく、借地契約の当事者双方の事情を比較考量するにあたって第三者である借家人の事情を

参照しようとするものであって不当である」との判断を示した。

この問題についての結論の当否を今ここで問題にするつもりはない。問題は、この最高裁判所の判示が結論に対する実質的理由を何も示していないという点にある。この最高裁判所の判示は、「借家人の事情は、借地契約の更新拒絶に正当事由があることが肯認された場合にはじめて考慮されるべき問題である」という前提を何らの実質的理由を挙げることなく採っているに等しいと評価するほかはない。こうした前提を置いてしまえば、借家人の事情は、借地契約終了の正当事由の判断において取り上げるべきでないことは、あまりにも当然なこととなるのである。この場合の判断で問題にすべきは、借家人の事情を借地契約の終了の正当事由を判断するに当たって考慮してよいか（あるいは、考慮すべきか）ということであり、それについては相応の実質的判断が必要であるのに、それが全くされていない。最高裁判所と違う立場を採っても、その実質的妥当性はともかく、少しも「矛盾」を犯すことなどにはならないと考える。建物賃借人が無関係の第三者であることを当然の前提としているように思われる判旨についても、全く同様のことをいうことができる。

また、最高裁判所の判示の中には、一種のトートロジーを言うのみで、実質的理由を全く言わないものもある。<sup>(28)</sup>この判決は、端的に言えば、土地について二重譲渡があり、第一買主Aが登記未了の間に、第二買主Bが買い受けて所有権移転登記を経由し、さらにBから転得者Cが買い受けて同登記を経由した場合には、たといBが背信的悪意者排除の理論によって排除される背信的悪意者であっても、Cが同理論によって排除されるためには、C自身が背信的悪意者であることが必要である、との趣旨を判示したものである。背信的悪意者排除の理論をその者と第一譲受人との間で相対的に決まるものであるとする以上、同理論によってCが排除されることになるのは、CとAとの間の相対的關係によって決まると考えるべきであるというのは、あまりにも当然のことである。問題は、一旦第二譲受人Bが背信的悪意者であ



ると判断された以上は、基本的には落ち度のない（未登記のまま放置していた以上には）第一譲受人を、その後の第二譲受人側の買主の主観的態度に関係なく、その段階で保護することに決めるといふ態度を採るべきか否かの実質的判断をどうすべきか、ということであって、相対的理論によれば相対的に判断すべきであるなどということではないはずではあるまいか。<sup>(29)</sup>

以上に例示して説明したように、筆者は、法的思考においては、「なぜ」を考えることは決定的に重要であり、かつ、「なぜ」という問に対する答においては必ずその実質的理由を述べるべきであり（もつとも、当該事例が条文の定める典型的事例に当たることの問題がなく、かつ、その条文の妥当性について疑問がないような場合には、そこまでの必要性はなく、根拠として条文を挙げるだけで十分であろう）、そうでなければ、説得力ある理由を述べたことにはならない、と考えている。前提の中に解答を入れて考えたり、トートロジーを述べるのみでは、そうした説得力ある理由を述べたことにはならないといわなければならない。そして、既に述べたように、説得力ある理由を述べることのできる能力は、紛争解決能力の⑤として挙げた表現能力にほかならない。

#### 注

(19) 内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』二二八頁（平八、東京大学出版会）も、民法五〇九条の相殺禁止の趣旨として、通常以上の二点があげられる旨を述べる。

(20) 最判四九・六・二八民集二八巻五号六六六頁は、前者の立場を採る。最判五四・九・七判時九五四号二九頁も同旨である。

後者の最高裁判例の判例解説である別冊ジュリスト一三七号『民法判例百選Ⅱ 債権（第四版）』九六頁（平八、有斐閣）に錦織成史教授による、この点に関する判例・学説の簡潔な紹介がある。

(21) 「一般的確実性」とか「具体的妥当性」とかいう表現は、我妻博士のいわれるところである。すなわち、我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』二八頁（昭四〇、岩波書店）は、「民法解釈の理想は、一般的確実性と具体的妥当性を調和させること、一層適切に

いえば、一般的確実性を脅かさずに具体的妥当性を最大限に發揮することだ、といってよいであろう。」という。

- (22) この点に関する説明の仕方は分かれている。「将来紛争が発生した場合の和解のために、借家人の代理人の選任を家主に委ねるといふ契約は、一〇八条の趣旨に反し無効だというのが判例である(大判昭和七年六月六日民集一一卷一一一五頁)。それは、一〇八条の拡張的適用を認めたものと理解することができる(我妻三四四頁)。これに対しては、「中略」多数の学説は、それは借家人の弱みにつけこんだ一種の暴利行為であって無効とすべきだとしている。本人が予め許諾しているときは、一〇八条の適用はないからである。」(川井健『民法概論I 民法総則二五五頁(平七、有斐閣)』)

- (23) 「實際上、背信的行為にあたらないうとして解除が否定される事例は限られている。典型は、同居の親族への賃借権譲渡等で、利用の主体が実質的に変わっていない場合である。」(内田貴『民法II 債権各論』二一〇頁(平九、東京大学出版会)』)

- (24) 上野健爾「滅び行く日本の基礎教育」学士会報八二〇号三七頁(平一〇)。

- (25) もとより、このような「なぜ」のほかに、「AはCである。なぜならば、AはBであり、かつ、BはCであるからである。」といった類の「なぜ」もあり、そうした形式論理上の「なぜ」も整理された思考を進めるために必要なことである。

- (26) 更にいえば、ある法的仕組みに内在する実施的理由が不明確な場合もあるし、それは明確であっても、立法部がその立法をした理由が、誤りというべきほど不合理であることが明らかであり、立法部もその誤りに気付いていながら、その怠慢のため適切な期間内に改正作業に着手していないなどの場合もあるかもしれない。後者のような場合には、その立法に反するような解釈(広中俊雄教授のいわゆる「反制法的解釈」)をする余地はないのかも問題にしなければならぬ。この点については、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』九五頁以下(平九、有斐閣)参照。

- (27) 最判昭五六・六・一六判時一〇〇九号五四頁。

- (28) 最判平八・一〇・二九民集五〇卷九号二五〇六頁。この判例について法の支配一一〇号九三頁(平一〇)に、筆者による判例紹介がある。

- (29) 不法行為(交通事故)による損害賠償債権の有無・程度などを考えるに当たって、いわゆる被害者の素因を考慮すべきかという点についての最高裁判所の判例(例えば、最判平四・六・二五民集四六卷四号四〇〇頁)は、判文に表されていない何らかの実務上の特別の必要性があるのかもしれないが、前注の判例とはほぼ同旨の欠陥を持つ一種のトートロジーに近い理由しか述べていないと思われる。

#### 第四 おわりに

法学部における民法の授業の目的とその目的に適した授業の基本的な方法について、以上に詳しく述べてきたが、本稿を終えるに当たり、以下にその内容を簡潔に（やや不正確にはなるが）纏めておきたい。

法学部における民法の授業の目的は、民法の基本的理解を学生に習得させることであるが、この基本的理解の習得ということの主要な内容は法的紛争を民法の観点から自分の頭で考えて解決し得るようになるための法的思考力の習得ということである。学生に、民法の基本的知識と基本的理解力を基にして、紛争事例について、その問題点を発見し、分析し、それに民法を適用するという過程を学ばせることによって、こうした法的思考力を習得させることができる。そして、こうした過程を学生に学ばせるに当たっては、ある法的仕組みがなぜそのように定められているか、具体的事例にその仕組みの基本的考え方をなぜ適用できるか（又はなぜ適用できないのか）を徹底的に考えさせることが極めて重要である。そして、この「なぜ」という問は、基本的にはある法的仕組みの存在する実質的理由を問うことであるから、それに対する答は、常に実質的理由のあるものでなければならない。もし、その答が形式的観念的なものでよいとすれば、それは、学生の法的思考力の習得には無益であるのみならず、有害であるといわなければならない。

学部における実践的法学教育論の問題としては、なお論ずべきことも多いが、一応はその最も基本的部分については、触れることができたと考えるので、この程度で拙稿を終えることにしたい。

また、実践的法学教育論とはやや異なる問題ではあるが、現在本学では、法律学科における司法コース制の見直しが行われており（解決すべき問題点が多いものの、筆者もその基本的方向に賛成である）、それは同時に本学における法職課程の内容にも影響を及ぼすことになる。そうした見直し等が実現した暁には、法学教育論としても幾つかの新たに触れる

べき問題が生ずることと思われる。これらは、すべて他日を期することにした。

尾中先生には、御在任中、同じ民法の専攻者として、また研究室が直ぐ近くにあった関係もあり、大変に公私にわたり御指導を賜った。ここに記して、深い謝意を表するとともに、尾中先生のますますの御活躍を祈念して止まない。この拙稿は、同先生に捧げるものとしては、あまりにも雑駁なものであるが、御海容のほどをお願いしたいと思います。

〔平成十一年三月三〇日脱稿〕