

# 法的思考の特色

多様性と共通性の融合による平和の実現機能



名古屋大学・明治学院大学名誉教授  
吉備国際大学大学院(通信制)  
知的財産研究科教授  
加賀山 茂

# 目次

## ■ 自己紹介

### ■ I 地球を俯瞰できるグーグルマップの功績

- 1. 部分と全体とのシームレスな移動
  - 住宅地図→市街地図→都道府県地図→日本地図→世界地図→宇宙地図？
- 2. 法の体系と部分のシームレスな移動
  - 民法のXMLによる体系化 ([1](#), [2](#), [3](#))

### ■ II 共通教育の目標

- 3. 個人の能力を発見し向上させる
  - マズローの欲求階層説
  - よりよく生きるための学習科目
  - ジョハリの窓と未知の自分との出会い
  - 世界のリーダーは、法学部卒が多い

### ■ III 法における多様性と共通性の融合

- 4. 法とは何か
  - 法の女神の持ち物で法とは何かが分かる
  - 永遠のパブリック・ドメイン ([著作権法第13条](#))
- 5. 事例研究: 離婚原因 ([理想の条文構造](#))
  - 現行法, 現行法の不備, 立法提案
- 6. 法はすべてを飲みこむ (宗教, 契約)
  - 信教・契約の自由, 民法91条
- 7. 法律家の思考方法
  - アイラック(IRAC), 論文の書き方
  - トールミンの議論の図式, 修正案
  - 法教育の方法論の改革

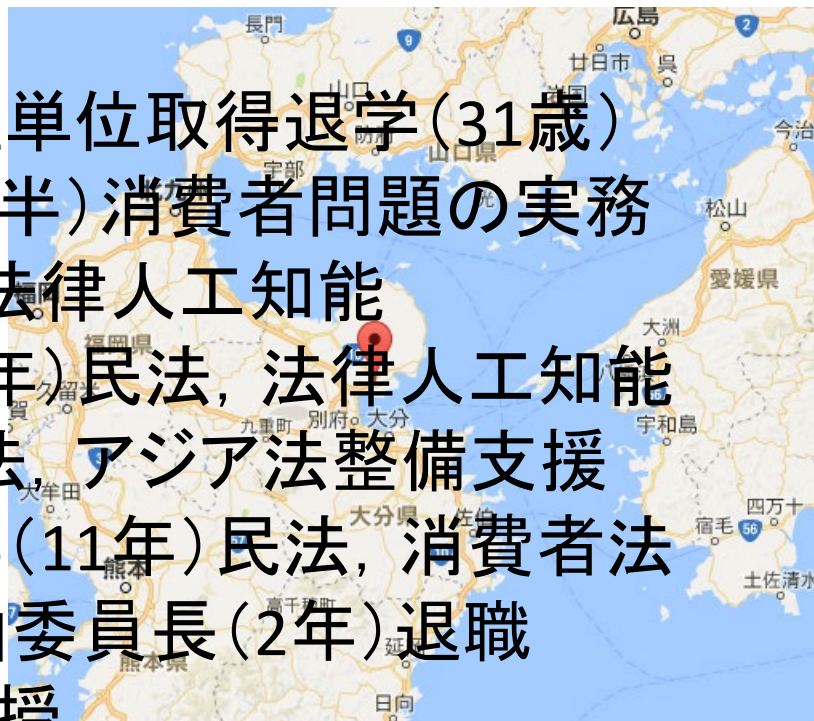
### ■ IV 結論

### ■ 参考文献



# 自己紹介: 加賀山 茂

- 1948年 愛媛県宇和島生まれ(現在72歳)
- 1979年 大阪大学法学部, 大学院博士課程単位取得退学(31歳)
- 1979年 国民生活センター研究部職員(4年半)消費者問題の実務
- 1984年 大阪大学教養部講師(3年)民法, 法律人工知能
- 1987年 大阪大学法学部助教授, 教授(10年)民法, 法律人工知能
- 1997年 名古屋大学法学部教授(10年)民法, アジア法整備支援
- 2007年 明治学院大学法科大学院, 法学部(11年)民法, 消費者法
- 2015年 明治学院大学「法と経営学」研究科」委員長(2年)退職
- 2017年 名古屋大学, 明治学院大学名誉教授
- 2018年 吉備国際大学大学院(通信制)知的財産学研究科特任教授



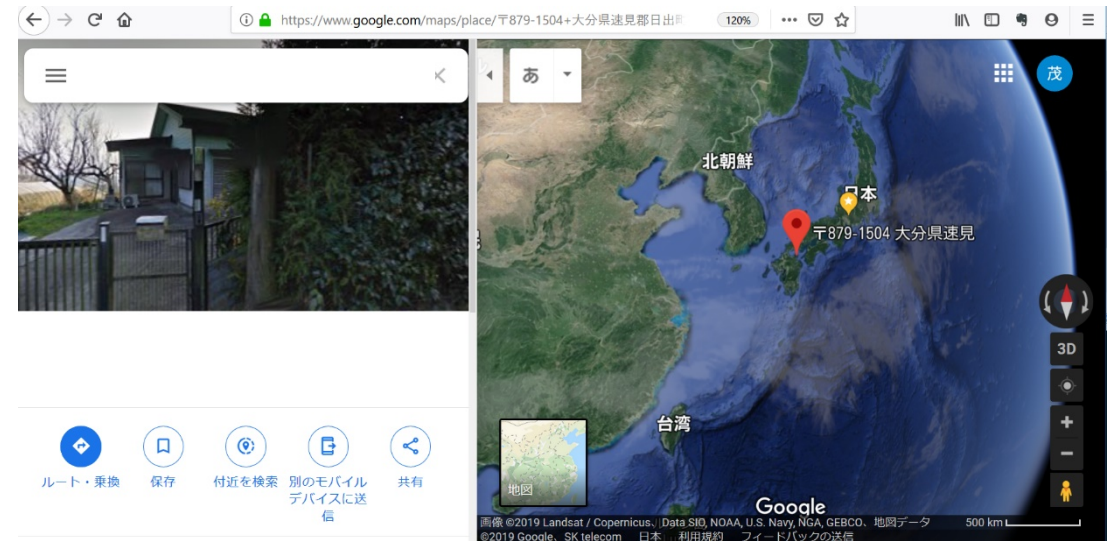


# 法に特有の体系的思考とは何か？ 全体と部分のシームレスな連続 法のGoogle Mapを作る

■住宅地図



■世界地図



# 民法の体系をXMLで表現する(1/3)

```
<?xml version="1.0"?>  
+ <CivilCodeOfJapan>
```

```
<?xml version="1.0"?>  
- <CivilCodeOfJapan>  
  + <book1 title="総則">  
  + <book2 title="物権">  
  + <book3 title="債権">  
  + <book4 title="親族">  
  + <book5 title="相続">  
</CivilCodeOfJapan>
```

```
<?xml version="1.0"?>  
- <CivilCodeOfJapan>  
  - <book1 title="総則">  
    + <chapter1 title="通則" mytitle="[民法通則]">  
    + <mychapter2 mytitle="[私権の主体]">  
    + <mychapter3 mytitle="[私権の客体]">  
    + <mychapter4 mytitle="[私権の変動]">  
  </book1>  
  + <book2 title="物権">  
  + <book3 title="債権">  
  + <book4 title="親族">  
  + <book5 title="相続">  
</CivilCodeOfJapan>
```

展開



# 民法の体系をXMLで表現する(2/3)

```
<?xml version="1.0"?>
- <CivilCodeOfJapan>
  - <book1 title="総則">
    - <chapter1 title="通則" mytitle="[民法通則]">
      - <article1 mycaption="[私権の制限]" caption="基本原則">
        - <paragraph1 myname="[公共の福祉適合性]">
          <text>①私権は、公共の福祉に適合しなければならない。</text>
        </paragraph1>
        - <paragraph2 myname="[信義則の遵守]">
          <text>②権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。</text>
        </paragraph2>
        - <paragraph3 myname="[権利濫用の禁止]">
          <text>③権利の濫用は、これを許さない。</text>
        </paragraph3>
      </article1>
      - <article2 mycaption="[私権の目的]" caption="解釈の基準">
        <text>この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。</text>
      </article2>
    </chapter1>
    + <mychapter2 mytitle="[私権の主体]">
    + <mychapter3 mytitle="[私権の客体]">
    + <mychapter4 mytitle="[私権の変動]">
  </book1>
+ <book2 title="物権">
+ <book3 title="債権">
+ <book4 title="親族">
+ <book5 title="相続">
</CivilCodeOfJapan>
```

用が済めば折り畳める

```
<?xml version="1.0"?>
- <CivilCodeOfJapan>
  - <book1 title="総則">
    + <chapter1 title="通則" mytitle="[民法通則]">
    - <mychapter2 mytitle="[私権の主体]">
      + <chapter2 title="人" mytitle="[自然人]">
      + <chapter3 title="法人">
    </mychapter2>
    - <mychapter3 mytitle="[私権の客体]">
      + <chapter4 title="物">
    </mychapter3>
    - <mychapter4 mytitle="[私権の変動]">
      - <mysection1 mytitle="[意思表示による私権の変動]">
        + <chapter5 title="法律行為">
      </mysection1>
      - <mysection2 mytitle="[時間経過による私権の変動]">
        + <chapter6 title="期間の計算">
        + <chapter7 title="時効">
      </mysection2>
    </mychapter4>
  </book1>
  + <book2 title="物権">
  + <book3 title="債権">
  + <book4 title="親族">
  + <book5 title="相続">
</CivilCodeOfJapan>
```

必要に応じて展開できる。



# 民法の体系をXMLで表現する(3/3)

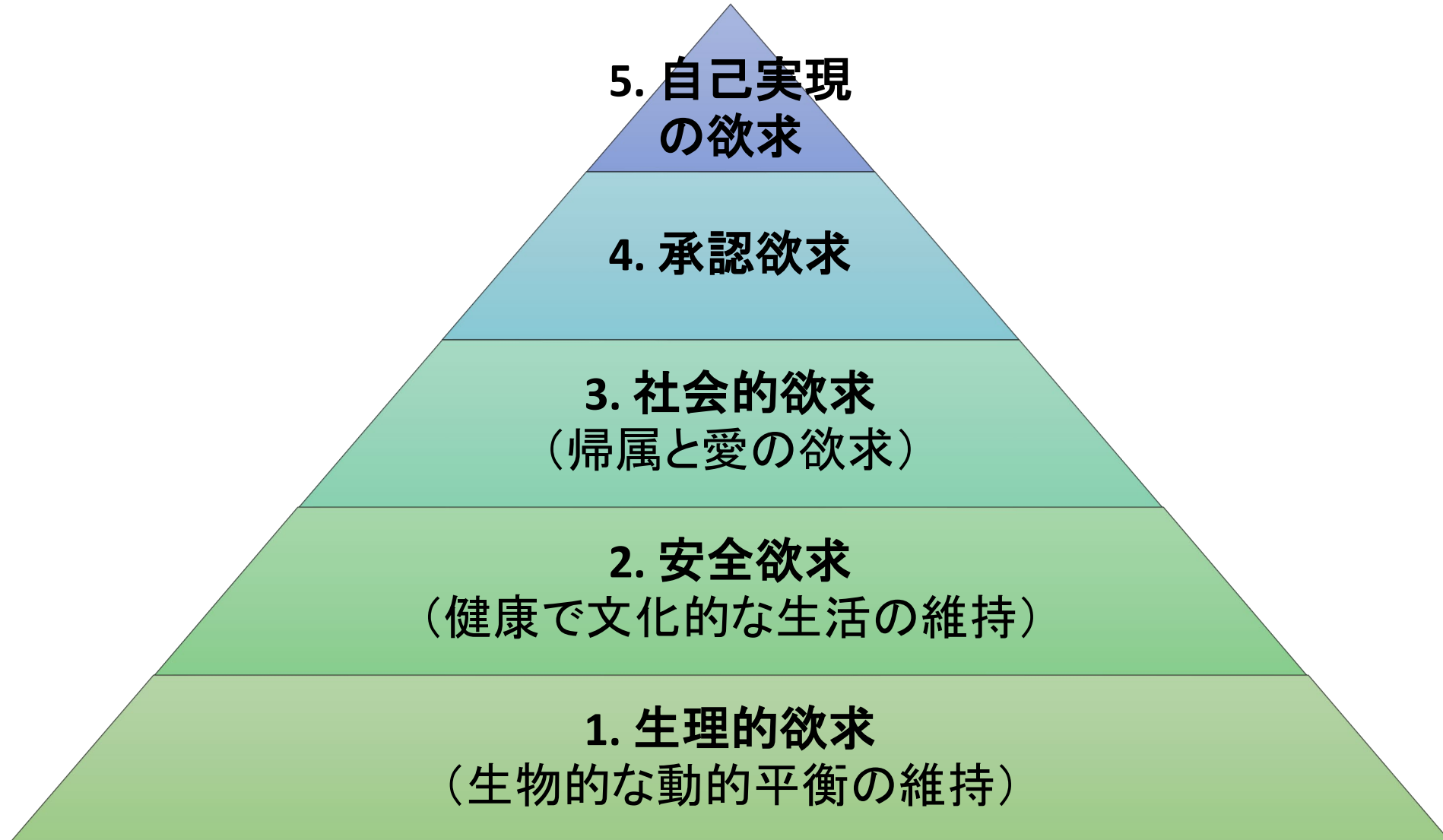
```
<?xml version="1.0"?>
- <CivilCodeOfJapan>
  - <book1 title="総則">
    + <chapter1 title="通則" mytitle="[民法通則]">
  - <mychapter2 mytitle="[私権の主体]">
    + <chapter2 title="人" mytitle="[自然人]">
    + <chapter3 title="法人">
  </mychapter2>
  - <mychapter3 mytitle="[私権の客体]">
    + <chapter4 title="物">
  </mychapter3>
  - <mychapter4 mytitle="[私権の変動]">
    - <mysection1 mytitle="[意思表示による私権の変動]">
      + <chapter5 title="法律行為">
    </mysection1>
    - <mysection2 mytitle="[時間経過による私権の変動]">
      + <chapter6 title="期間の計算">
      + <chapter7 title="時効">
    </mysection2>
  </mychapter4>
</book1>
+ <book2 title="物権">
+ <book3 title="債権">
+ <book4 title="親族">
+ <book5 title="相続">
</CivilCodeOfJapan>

+ <mychapter3 mytitle="[私権の客体]">
- <mychapter4 mytitle="[私権の変動]">
  - <mysection1 mytitle="[意思表示による私権の変動]">
    - <chapter5 title="法律行為">
      - <section1 title="総則">
        + <article90 caption="(公序良俗)">
        - <article91 caption="(任意規定と異なる意思表示)">
          <text>法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。</text>
        - <mycomment1 heading="[意義]">
          <mynote>この規定は、債権法改正によって従来の民法521条(承諾の期間の定めのある申込み)が、新民法521条(契約の締結及び内容の自由)として登場するまでは、実質的な「契約自由」の規定として重要な意味を有していた。現在でも、私的自治を認める規定として依然として重要な意義を有している。</mynote>
        </mycomment1>
        - <mycomment2 heading="[歴史・契約自由による私的自治の源泉]">
          <mynote>この条文の起源は、旧民法財産編第327条第1項(適法に為したる合意は当事者の間に於て法律に同じき効力を有す)を通じて、フランス民法典1103条(改正前1134条1項)の「適法に成立した契約は、その契約を成立させた当事者間で法律に代わる(Les contrats légalement formés tiennent de la loi à ceux qui les ont faits.)」に遡る。</mynote>
        </mycomment2>
        - <mycomment3 heading="[濫用による弊害とその対策]">
          <mynote>もともと、この条文(民法91条(任意規定と異なる意思表示))は、経済的な強者によって悪用される危険性をはらんでいる。その典型例が、不当契約条項(事業者には有利な約款)の濫用によって、民法の合理的な任意規定を機能不全に陥らせ、消費者全体に莫大な損害を生じさせるというものであった。このような弊害を改めるために生まれたのが、2000年に成立した消費者契約法第10条(消費者の利益を一方的に害する条項の無効)であり、2017年の債権法改正によって規定された民法548条の2第2項(相手方の利益を一方的に害する定型約款の無効)もその流れの中にあるといえよう。</mynote>
        </mycomment3>
      </section1>
    </chapter5>
  </mysection1>
</mychapter4>
</article91>
```

学説による  
解説を書き  
込むことも  
できる。



# マズローの欲求5階層説





# 共通法教育の科目

## 身体(健康)

- 生物学・栄養学
- 医学・統計・数学

## 行為(制御)

- 法学・政治学
- 経営学・経済学

## 精神(幸福)

- 哲学・倫理学
- 心理学



# ジョハリの窓と教育の目標

自分 他人	自分は知っている	自分は知らない
他人は知っている	I 開放の窓 (open self)	
他人は知らない		



# ジョハリの窓と教育の目標

自分 他人	自分は知っている	自分は知らない
他人は知っている	I 開放の窓 (open self)	
他人は知らない		



# ジョハリの窓と教育の目標

自分 他人	自分は知っている	自分は知らない
他人は知っている	I 開放の窓 (open self)	II 盲点の窓 (blind self)
他人は知らない		





# ジョハリの窓と教育の目標

他人 \ 自分 他人	自分は知っている	自分は知らない
他人は知っている	I 開放の窓 (open self)	II 盲点の窓 (blind self)
他人は知らない	III 秘密の窓 (hidden self)	



# ジョハリの窓と教育の目標

自分 他人	自分は知っている	自分は知らない
他人は知っている	I 開放の窓 (open self)	II 盲点の窓 (blind self)
他人は知らない	III 秘密の窓 (hidden self)	IV 未知の窓 (unknown self)



# 世界のリーダーは、法学部卒が多い

- アメリカの歴代大統領は、44人中27人(61.3%)が弁護士出身
  - ドナルド・トランプ ←ペンシルベニア・ビジネススクール
  - バラク・オバマ ←ハーバード・ロースクール
- 習近平(Xìjìnpíng) ←清華大学人文社会科学学院大学院(法学博士)
- プーチン ←レニングラード大学法学部
- マクロン ←フランス国立行政学院(ENA)
- ジュゼッペ・コンテ ←フィレンツェ大学法学部教授(民法)
- 文在寅(ムン・ジェイン) ←慶熙大学校法学部法律学科
- 安倍晋三 ←成蹊大学法学部政治学科
  
- メルケル ←ライプツィヒ大学物理学
- 金正恩(キム・ジョンウン) ←金日成総合大学情報工学



# 法とは何か：法の女神の像の持ち物



- 目隠し
  - 偏見からの自由, 公平
  - 弁論主義, カンニングの禁止
- 天秤
  - 何を測るのか？
  - どこまで傾くと結論がでるのか？
  - 結論が出た時の天秤の状態は？
- 剣
  - 道徳と法との違い
  - 権力は腐敗に向かう



# 法は永遠のパブリック・ドメイン(共通財)

## ■ 著作権法

### ■ 第13条(権利の目的とならない著作物)

- 次の各号のいずれかに該当する著作物は, この章の規定による権利の目的となることができない。
  - 一 憲法その他の法令
  - 二 国若しくは地方公共団体の機関, 独立行政法人又は地方独立行政法人が発する告示, 訓令, 通達その他これらに類するもの
  - 三 裁判所の判決, 決定, 命令及び審判並びに行政庁の裁決及び決定で裁判に準ずる手続により行われるもの
  - 四 前三号に掲げるものの翻訳物及び編集物で, 国若しくは地方公共団体の機関, 独立行政法人又は地方独立行政法人が作成するもの



# 法律の条文の構造

## 単純な条文構造

### ■ 宣言(定義)型

- A ≡ B (AとはBのことをいう)
  - 「物とは有体物をいう」(民法85条)
  - 著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」(著作権法2条1項1号)

### ■ 条件型

- A ⇒ B (A(要件)ならばB(効果)である)
  - 「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」(刑法199条)

## 複雑な条文構造

### ■ 理想的な条文の構造(法原理・ルールと事実との統合)

#### ■ 法原理

- 法原理の要件を推定する具体的事実

### ■ (例)民法770条の改正案

- ①夫婦の一方は、婚姻を継続し難い重大な事由があるときに限り、離婚の訴えを提起することができる。
- ②以下の各号に該当する場合には、婚姻を継続し難い重大な事由があるものと推定する。
  - 一 配偶者に不貞な行為があつたとき。
  - 一の二 配偶者から虐待を受けたとき。
  - 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
  - 三 配偶者の生死が3年以上明かでないとき。
  - 三の二 夫婦が5年以上別居しているとき。
  - 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき。



# 裁判上の離婚原因（現行法）

## ■ 第770条（裁判上の離婚）

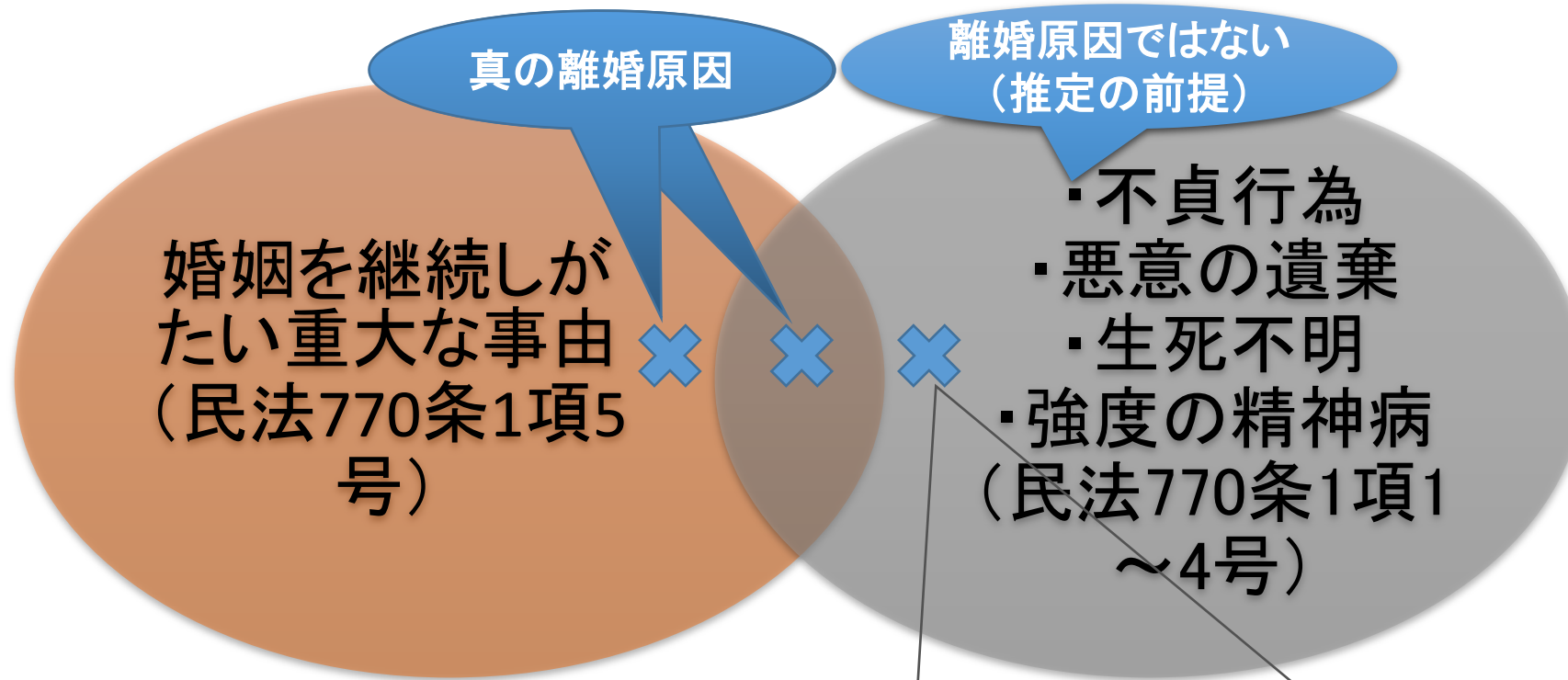
■ ①夫婦の一方は、次に掲げる場合に限り、離婚の訴えを提起することができる。

- 一 配偶者に不貞な行為があったとき。
- 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
- 三 配偶者の生死が3年以上明らかでないとき。
- 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。
- 五 その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき。

■ ②裁判所は、前項第1号から第4号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。



# 民法770条(裁判上の離婚原因)の分析



## ■ 民法770条(裁判上の離婚)

- ②裁判所は、前項第一号から第四号までに掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して**婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる。**



# 裁判上の離婚原因(改正私案)

## ■ 民法第770条の改正私案(構造化)

①:要件, ②:例示(推定の前提)

- ①夫婦の一方は、**婚姻を継続し難い重大な事由**があるときに限り、離婚の訴えを提起することができる。
- ②以下の各号に該当する場合には、**婚姻を継続し難い重大な事由があるものと推定する**。
  - 一 配偶者に不貞な行為があつたとき。
  - 一の二 配偶者から虐待を受けたとき。
  - 二 配偶者から悪意で遺棄されたとき。
  - 二の二 配偶者が、第752条の規定に違反して、**協力義務を履行しないとき**。
  - 二の三 配偶者が、第760条の規定に違反して、**婚姻費用の分担義務を履行しないとき**。
  - 三 配偶者の生死が3年以上明かでないとき。
  - 三の二 夫婦が**5年以上別居**しているとき。(←民法改正要綱案参照)
  - 四 配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき。



# 法はすべてを飲み込む 多様性と共通性の融合

## ■ 個々の信条の制度化

### ■ 憲法20条

- ①信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。...

## ■ 個々の約束・契約の法律化

### ■ 民法91条

- 法律行為〔典型例は契約〕の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定〔任意規定〕と異なる意思を表示したときは、その意思に従う

### ■ フランス民法典

#### ■ フランス民法典第1103条（改正前は、第1134条）

- 「適法に締結された契約は、これを締結した当事者間では、法律に代わる効力を有する」
- (Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits)



# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析

法的議論



# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析	Issue		論点・事実の発見
法的議論			



# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析	Issue	論点・事実の発見
	Rules	ルールの発見
法的議論		



# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析	Issue		論点・事実の発見
	Rules		ルールの発見
	A	Application	ルールの適用
法的議論			



# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析	Issue		論点・事実の発見
	Rules		ルールの発見
	A	Application	ルールの適用
Argument		原告・被告の議論	
法的議論			





# 法律家の思考方法IRAC(アイラック)

法的分析	Issue		論点・事実の発見
	Rules		ルールの発見
	A	Application	ルールの適用
Argument		原告・被告の議論	
法的議論	Conclusion		具体的な結論



# アイラック(IRAC)による論文の書き方

問題提起

- Issue: (問題提起) 重要な問題を発見したことの経緯を述べる。
- Rule: (仮説の提示) その問題を解決する視点と仮説を提示する。

本論

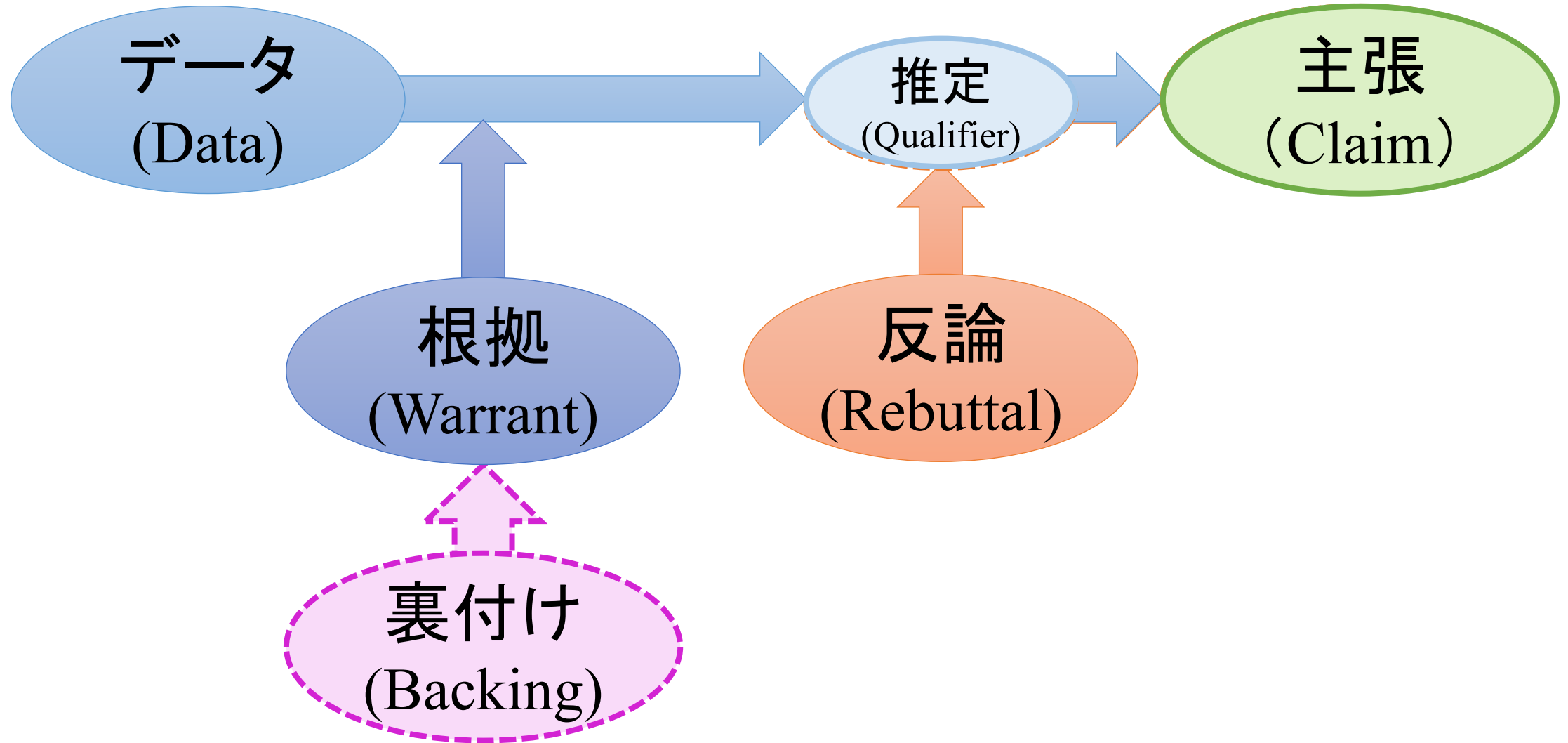
- Application: (仮説の検証) 問題を部分に分割し、仮説を検証する。
- Argument: (反証推論) 部分ごとに問題を展開し議論を重ねる。

結論

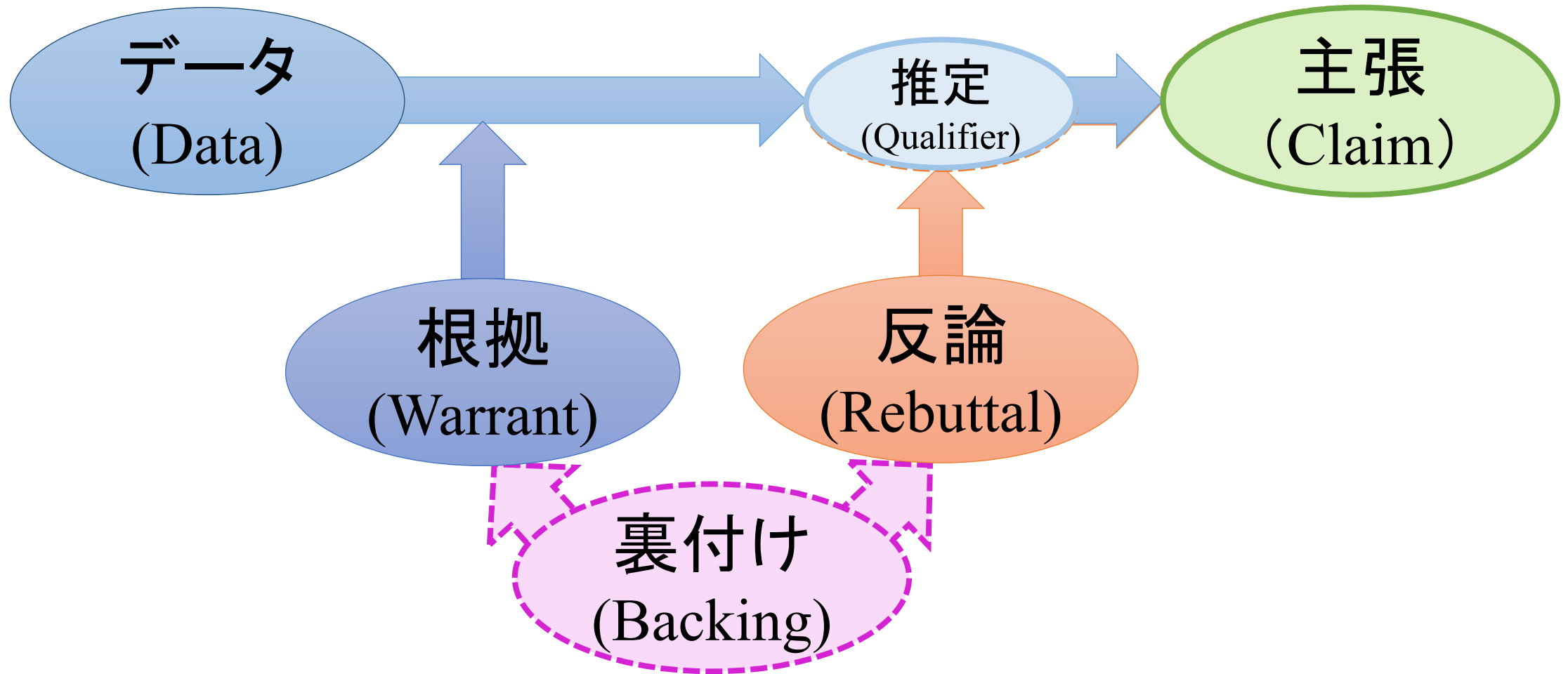
- Conclusion: (結論=問題の答え) 得られた答えを1つにまとめる。
- Issue: (今後の課題) 残された問題に対する展望を行う。



# トウールミンの議論の図式



# 法的議論の図式(加賀山案)



# 法教育の改革の方向

## 従来の法教育 (一方的・受動的)

条文の紹介  
(条文からスタート)

条文の解釈

条文が適用される  
判例の紹介・解釈

条文の体系的な  
位置づけ

## 将来の法教育 (双方向的・能動的)

生の事例の紹介  
(事例からスタート)

その事例に適用される  
条文の発見と解釈

条文が適用される  
判例の発見と解釈

条文の体系的な  
位置づけと立法提案



# 結論（法ほど貴重な文化財はない）

## ■ 法における多様さと共通性の融合

- 私人間の約束・契約（私的自治）
  - 多様性の中にある合意という共通性に着目
- 法律（公共財）への格上げ
  - 当事者間では、それが、法律と同様の効力を有することを認める（民法91条、[フランス民法典1103条](#)）。
  - ただし、公序良俗に違反する場合とか、信義則に反する場合は、その効力を否定する。
  - 多数の人々が合意した場合は、その組織の運営は、多数決の原則を導入する。

## ■ 法律の公開性・無料性・人権保護の永続性

- 制定された法律は、すべての人に無料でアクセスを認める。
- 法は、すべての人が暴力に対抗するために無料で利用できる。

## ■ 法律における聖典化と民主化の両立

- 法律は、改正されるまでは、すべての人を拘束する。
- 法律の条文の文言は一義的であり、曖昧さは存在しない。
- 法律の解釈も運用も、一義的に決定された条文を前提にして、実践される（前提の統一性）。
- もっとも、条文の解釈については多様性が保持される。

## ■ 法律に対する批判の自由・改正可能

- 一義的に定められた条文の解釈は自由に行われる。
- 最高裁の判決も、その事件についての解釈を示すだけである。判例は常に変更可能。先例拘束の原則は大陸法では存在しない。
- 法典を批判し、改正することに遠慮はいらない。
- 改正案は、議員立法で実現することも可能である。



# 参考文献

## ■ 法律家の思考方法

- イェーリング(小林孝輔=広沢民生 訳)『権利のための闘争(原著1872年)日本評論社(1978)
- カイム・ペレルマン(江口三角 訳)『法律家の論理—新しいレトリック』木鐸社(1986)
- フィッシャー=ユーリー(金山宣夫, 浅井和子 訳)『ハーバード流交渉術』三笠書房(1990)

## ■ 生物・ヒトの本質に迫る

- 福岡伸一『生物と無生物のあいだ』講談社現代新書(2007/5/20)
- 福岡伸一『できそこないの男たち』光文社新書(2008/10/20)
- 中屋敷 均『ウイルスは生きている』講談社現代新書(2016/3/20)
- ジェームズ・C・スコット(立木勝 訳)『反穀物の人類史—国家誕生のディープヒストリー』みすず書房(2019/12/21)
- シーナ・アイエンガー(櫻井祐子 訳)『選択の科学(The Art of Choosing)』岩波書店(2010)

## ■ 議論の方法

- アリストテレス(山本光雄 訳)「弁論術」『アリストテレス全集16』岩波書店(1968/12/10)1-329頁
- 岩田宗之『議論のルールブック』新潮新書(2007)206頁
- スティーヴン・トゥールミン(戸田山和久, 福澤一吉 訳)『議論の技法(The Uses of Argument(1958, 2003)) トールミンモデルの原点』東京図書(2011)

## ■ 学習方法論

- フリョフ・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)
- 加賀山茂『現代民法 学習法入門』信山社(2007)
- 石川一郎『2020年の大学入試問題』講談社現代新書(2016/2/20)
- リヒテルズ直子『今こそ日本の学校に！ イエナプラン実践ガイドブック』教育開発研究所(2019/9/1)
- バイロン・リース(古谷美央 訳)『人類の歴史とAIの未来』ディスカバー・トゥエンティワン(2019/4/30)

