

平成 19 年度 法科大学院（法務研究科）入学試験

# 小論文問題紙

B 日程

平成 19 年 2 月 24 日

10 : 00 ~ 12 : 00 ( 120 分 )

( 200 点 )

## 注 意 事 項

1. 試験開始の合図があるまで、問題を開いてはいけない。
2. 小論文の問題紙は 1 ページから 8 ページである。
3. 解答用紙は、問 1、問 2 および問 3 の 3 枚である。解答用紙の追加は認めない。
4. 解答用紙は 3 枚ともかならず提出すること。
5. 監督者の指示に従い、すべての解答用紙に受験番号と氏名を記入すること。
6. 解答はすべて解答用紙の指定された欄に記入すること。
7. 試験終了まで退室してはいけない。

北 海 学 園 大 学

**問題** 次の文章を読んで、下記の問いに答えなさい。

日本の契約について一般に言われることによれば、日本の契約は合衆国と比べて短く、規定も抽象的なものが多い。そして包括的条項が必ず含まれ、契約の解釈問題や契約に規定のない争点が生じた場合には、両当事者が信義誠実に基づき協議し解決すると規定されている。この一般的な見方によれば、合衆国の契約はこれとは対照的で、想定され得るあらゆる偶発事故を網羅した、長く複雑な書面だとされる。これと関連して、日本人は書面に対し柔軟な態度をとり、契約当事者は事情の変更があった場合には同意した条項の再検討に（そして変更にも）容易に応ずる。しかしアメリカ人は、状況が劇的に変化した場合でも、自分に有利な契約文言を盾にとって主張を続ける、と一般に言われる。

この一般的な見方を明快に示した古典的著作が、川島武宜（1909～92）によるものである。『日本人の法意識』において、川島はアメリカ人の特徴を次のように描写している。

「アメリカ人は法律、規則、約束をよく守り、またよくそれを利用する国民である。日本人が人と約束する場合には約束そのものよりも、そういう約束をする親切友情がむしろ大切なのである。彼ら〔アメリカ人〕にとっては、約束と友情とははっきり別のものだ」。そして日本の契約にみられる傾向として、「わが国では、契約書を作成しない場合が多いのみならず、契約書を作成するとしてもその内容は一般にきわめて簡単で、契約内容中の重要な要素だけを規定するものが多い。このことは、ヨーロッパやアメリカの取引においては、契約上の権利義務が『微に入り細をうがって』詳しく規定され、しばしば虫めがねで見なければ読めないような小さな字で、こまごまと印刷されている、という事実と対比するとき、きわめて顕著な日本の特徴であることがわかるのである」。

川島によれば、日本と合衆国の契約当事者のいまひとつの違いは、紛争解決に関する条項にみられる。「わが国の多くの契約に見られるところの、『将来本契約より生ずる権利義務につき当事者間に紛争を生じたときは、誠意をもって協議するものとする』（誠意協議条項）とか、そのような場合には、『協議により円満に解決する』（円満解決条項）というような文章で表現される」。それに対して、「西洋諸国においてこれにかわるものは仲裁条項である。すなわち、『将来本契約に関し当事者間に紛争を生じた場合には、これを仲裁（第三者である仲裁人の決定）によって解決するものとする』という条項がそれである」。あわせて考えると、「わが国の契約においては、当事者は、契約書において詳しく権利義務を規定しないのみならず、契約書において規定した権利義務さえも必ずしも確定的のものではなく単にいちおうのものにすぎず、したがって、争が起こった場合にはそのつど協議して具体的に定めればよい、と考えている」。

要約すると、次の三つの「常識」が浮かび上がってくる—— 合衆国社会において、契約

書の利用が浸透して、契約書が広く求められる。それに対して、日本人はアメリカ人ほど契約書を使わない上、いまだに契約書の利用に抵抗さえ感じる。合衆国においては、明確で詳細な契約書が好まれる。逆に、日本においては、短くて、融通のきく契約書が好まれる。契約に関する紛争が生じた場合には、日本人は信義誠実に基づいた話し合いで紛争を解決する条項を好むが、西洋人はそのような規定を「ナンセンス」だとして、明快かつ確定的な結論を与える仲裁のほうを好む。

川島は、こういった違いの大きな理由として、文化に根ざした法意識を指摘した。日本においては、「あらかじめ権利義務が固定的・確定的にきめられていて、当事者間に懇願したり、恩恵を与えたり、融通をきかせたりする余地がないことのほうが、不安なのである（中略）。だから、契約に詳しい規定をおいたとしても、あまり意味はなく、したがって当事者もそれを注意して読んで深刻に考えたりはしない。むしろ問題が起こったときに『誠意をもって協議し』、円満な解決をして『争を水に流す』ほうが、はるかに重要である」。したがって川島によれば、日本と西洋での契約行動が違うことの原因は、訴訟の文脈でみたように、日本人が物事を柔軟に処理するのを好むことに求められる。

川島以来、こうした「常識」を強調する著書や論文は数多くある。しかも、こうした日米両国の「常識」を信じているのは日本人だけではない。アメリカ人でも同じようなイメージをもっている人が多い。

いかなる一般論についてもそうであるように、一般論の例外は、太平洋の両側で無数にみつけることができる。にもかかわらず、契約行動に関する一般的見方は、伝統的にはかなり正確だった。少なくとも企業社会においては、合衆国では日常的に契約書面を使うのは当然だとされてきたし、その契約も実に詳細であることが多く、典型的な契約には仲裁ないし訴訟による紛争解決が規定されている。これと対照的に、日本の企業社会で契約書面を使うことも今日でこそ一般化し、近年は契約文言も詳細になってきているが、それでも日本の契約書面は合衆国に比べてかなり短く、誠意協議条項や円満解決条項が盛り込まれていることがまだ多い。したがって、先にみた行動様式は、概して今日まで長らえてきたといえる。

この行動様式の著しい違いを説明するため、いくつかの説が提示されてきた。研究者の中には、詐欺防止法（Statute of Frauds）のような一般法がないことに注目する立場もあった。つまり合衆国の裁判所では、不動産売買、保証、一年を超える役務、特定の価額を超える動産の売買といった内容に関する売買は、原則として書面になっていない限り救済を認められない。日本はこれと対照的で、特定の狭い分野では特別法により書面での契約が義務づけられているが、一般的にはそういう規定がなく、法的判断で中心となるのは両当事者の意思になる。そして、取引で問題となる金銭的価値や役務の存続期間にかかわら

ず、意思さえ証明できれば口頭の同意は拘束力を持ち得る。しかし、この法規範の違いが契約書面の短いことのひとつの理由だとしても、なぜ日本人が契約起案の段階で、アメリカ人よりも契約文言を曖昧にし、将来の話し合いに委ねる傾向が強いのか、という問いへの説明にはなっていない。

また別の制度的要因を指摘する研究者もある。それは、日米両国の弁護士の数と、彼らが業務における交渉や契約の起案に関与する度合いである（すでにみたように、これは紛争の文脈でとても大きな意義をもつ要因である）。20年以上も前になるが、元ミシガン大学ロー・スクール教授のホイットモア・グレイは、次のような観察を示した。契約意識に関する文献の多くは、その執筆者が無意識の場合も多いが、「日本のビジネスパーソンの契約に対する態度と合衆国の弁護士の態度とを比べ」てしまっている。グレイは、アメリカ人のビジネスパーソンと日本人のビジネスパーソンを比べた場合を仮定し、その場合は日米でみられる態度はかなり似たものだろう、そして「合衆国の弁護士の態度と日本の弁護士の態度とを比べても似たような見方が観察できるだろう」と予想した。

この観察にはかなりあたっている面がある。企業取引に関与する弁護士は、ビジネスを実現するために中心的な役割を果たし、とりわけ優れた弁護士は、研ぎ澄まされたビジネス・センスと法的専門知識を兼ね備えている。しかし優れた弁護士は、ビジネスパーソンとは異なる重要な役割を果たす。それは、将来の危険性を予想し、それを回避するかそれに対する防衛策を練る、いわゆる予防法務である。ビジネスパーソン、とりわけ独創的でリスクをとるタイプの人、時によっては計画や夢に気をとられ、それに伴う危険性を忘れてしまうことがある。こういった危険性を予知し予防策を練るのが、弁護士の責任である。このため弁護士は、場合によっては取引で方向転換をしたり、さらには取引を取りやめるよう顧客に助言したりしなければならないこともある。いずれの場合でも、弁護士は契約書面に注意を集中し、予想される危険性を最小限にする条項を盛り込まなければならない。グレイが述べているように、弁護士は、アメリカ人であろうと日本人であろうと、予想される問題に対処するためにより詳細な契約書面にこだわる傾向がある。

このように、契約の過程における弁護士の関与は、契約行動におけるひとつの重要な要因である。すでに述べたように、合衆国の弁護士の数は日本より格段に多い。2004年現在、合衆国には100万人（人口300人に対し1人）の弁護士がいるのに対し、日本の弁護士は2万1000人（6000人に1人）に過ぎない。しかしこれは、弁護士の数を単に比べるよりもずっと複雑な問題である。というのも、本当に問題にしなければいけないのは、弁護士だけではなく、そのほかの法律関連の専門家（司法書士や弁理士、税理士といったようないわゆる隣接法律専門職に加えて、企業法務部のスタッフ等）が、どの程度ビジネス上の交渉や契約起案に関与しているかなのだ。

日本について言えば、先に述べた弁護士の数は、ある重要な点で法律専門家の契約過程への関与を過小評価することになる。日本企業の法務部、コンプライアンス部、その他のリーガル関係部署では、1万人を超える人が働いていると推定される。法務部のスタッフがビジネス上の交渉に関与する度合いは会社によって（さらにプロジェクトごとに）違うけれども、会社の法務部の重要な役割には、契約の審査と起案も含まれる。合衆国の基本的な考え方によれば、こうした契約の交渉、契約書の審査や起案は法律専門職の機能にあたり、そして合衆国企業の法務部でそうした仕事を担当する者はたいてい弁護士資格を有している。しかし日本の場合、法務部のスタッフで弁護士資格をもっているのは、ほんの一握りである。それ以外の人員は、先の統計には含まれておらず、その意味でこの数字は日本の契約過程への法律専門家の関与を過小評価している。

他方、先の統計は、別の面では日本における法律専門家の関与を過大評価している。いわゆる取引関係の仕事（つまり企業への助言や契約の起草など）に携わる渉外弁護士やその他の弁護士の数は過去20年でかなり増えたものの、弁護士の仕事は依然として訴訟や紛争解決に偏っている。日弁連は、1980年から10年ごとに弁護士を対象とした大規模な調査を行ってきた。そこでは、仕事の内訳について多くの質問が設けられている。1980年の段階で、弁護士の仕事の中での非紛争ケースの占める割合は7.3%にとどまっておらず、紛争ケースは残りの92.7%を占めていた。2000年の段階で、非紛争ケースの占める割合は18.4%にまで上昇した（そして東京で仕事をする弁護士に限れば、この割合はさらに高く27.0%だった）。しかしこういった増加にもかかわらず、弁護士は仕事量の大部分を紛争処理にさいている。合衆国での調査の結果を日本と比較すると対照的である。たとえば、3000人の合衆国の弁護士が回答した、2002年に行われた調査によると、自分の専門分野を訴訟だとした弁護士は、回答の中で最多数のカテゴリーをなしたものの、それでも全回答数の24%にとどまった。これに、「遺産管理、遺言・信託」が21%、「不動産」が19%で続いている。さらに注意すべきことは、2000年の時点で、合衆国の弁護士の8%は、主に会社の法務部で社内弁護士として私企業に雇われており、そこでの仕事の大部分は取引関連の性格を帯びていることである。この8%は絶対数では約8万人にあたり、これは日本の弁護士上の総数の4倍に近い。日本企業の法務部の果たす役割を考慮に入れても、合衆国では法律専門家がビジネスの交渉や契約の起草において果たす役割は、日本と比べてはるかに大きい。したがって、先に述べた契約行動の違いは、契約の過程における弁護士その他の法律専門家の役割によるところが、部分的にはあるのかもしれない。

調査結果は、日米の契約に対する態度は概して似ているとするグレイの説をある程度裏づけている。実際、調査結果の中には、「常識」をまさにひっくり返して、日本人の態度はアメリカ人についての固定観念と似ており、アメリカ人の態度は日本人についての固定

観念像と似ているとするものもある。一連の聞き取りと予備的質問表による調査に基づき、グレイは、予想される重大な危険性に対処するため契約書面に明確な文言を盛り込むことを重視する点で、日米の弁護士に変わりはないなど、自らの命題を裏づけるさまざまな根拠を見出した。その後、日米でビジネスパーソンを対象とした聞き取りや質問票による調査がなされ、そこでもグレイの命題を裏づける結果が出ている。日本のビジネスパーソンを対象とした契約に関する調査をうけて、ある研究者は次のように述べている。「調査の結果にも現れたように、日本の継続的取引におけるトラブルの解決について、現実には大きな役割を果たしているのは、信頼関係と力関係という2つの関係である。同様のことは、アメリカで指摘されている。このように、関係には二面性があり、必ずしも望ましいものばかりではないが、そのこと自体は日米で異なるわけではない。」そして、合衆国のビジネスパーソンについて、また別の研究者は、結果を以下のように報告している。「私の当初の仮説とは反対に、米国企業が、特定の取引に特化した契約書を作成することは比較的稀なようである。詳細な契約書が存在する場合であっても、どの企業も、比較的限定された場面を除いて、契約書の細かな文言にはあまり重きをおかない傾向があるようである。インタビューした企業はすべて、契約に関わる紛争を、裁判や、あるいは仲裁にさえ、持ち込みたくないという態度を非常に強く示した」。さらに、日米の法学系と経営学系の学生を対象とした調査でも、同様の契約に対する態度が浮かび上がっている。

実際、一般市民を対象としたいくつかの調査では、一般に受け容れられた固定観念や行動の観察とは、一見すると真っ向から反するかのような態度が明らかになっている。ここでは、契約の長さや詳しさに焦点をあて、とりわけ日本人が融通のきく契約を結びたがるのに対し、西洋人が権利義務を黑白はっきりさせた規定を盛り込み曖昧さを排した契約を好む、という川島の主張にはっきりと言及した質問もなされている。日本文化会議は、1971年と1976年、日本人の法意識について大規模な調査を行い、回答者に対して「こまかく具体的」な契約規定をおくのと、契約を「簡単にしてゆうずうのきく」ようにするのと、いずれがいいかを質問した。いずれの調査でも、大多数の日本人が前者を選んだ。1971年には、89.5%が「こまかく具体的」な契約のほうがよいと答え、「ゆうずうのきく」ものを選んだのは8.5%に過ぎなかった。5年後の1976年、その差は89.1%に対したったの6.3%と、さらに広がった。さらに最近の調査では、法意識国際比較研究会（加藤雅信研究代表）がこの問題について比較法的観点から新たな考察を加えるため、日本（2000年）、合衆国（2001年）、中国（1995年）で大規模な調査を行った。そのうちの質問のひとつは、先にみた日本文化会議の調査とよく似ていた。「契約書について、次の意見のうち、あなたは、どちらに賛成ですか。（Aの意見）契約書をと리카わすときでも、できるだけ簡単にして、契約書の表現もできるだけあとから融通がきくようにしておくほうがよい。（Bの意見）契

約書というものは、あとで解釈などをめぐってもめないように、できるだけこまかく具体的にキチッときめておくほうがよい」。先の調査と同様、日本人の大多数が、より詳細な契約のほうがよいとした。「Bに賛成」と「どちらかといえばBに賛成」をあわせると、なんと87%以上の日本人がこまかい契約書を好む、と答えた。逆に、簡単で融通のきく契約書（「A」、「どちらかといえばA」）と答えた日本人はたった6.5%しかいなかった。さらに驚くべきは、同じ質問に対する合衆国での反応である。62%ぐらいのアメリカ人がこまかい契約書（「B」、「どちらかといえばB」）を選んだが、約4人に1人のアメリカ人が簡単で融通のきく契約書（「A」、「どちらかといえばA」）を選んだ。3ヶ国中、融通のきく契約書を好むアメリカ人が他2国よりはるかに多かった。従来の「常識」から考えると、まさに驚くべき結果である。

こういった結果について、ひとつには、日米両国の現状に照らした説明があり得る。合衆国と日本それぞれで現状が違うため、回答者の印象が大きく違っていた、という可能性は十分あるだろう。合衆国においては、たとえ一部に過ぎないにしても、100枚以上の非常にこまかい契約書が少なくなく、「契約書」という言葉を聞くと、そういった分厚くてこまかいものを連想することは大いに考えられる。逆に日本では、一部にはかなり長くてこまかい契約書が存在するにしても、簡単で短い契約書が多くて、一般人が「契約書」と聞くと、そういった簡単なものを連想するであろう。そうだとすれば、アメリカ人、日本人それぞれの答えの出発点が正反対である、ということになる。以上紹介した回答で、アメリカ人も日本人も現状に不満をあらわしている、ということが十分考えられる。相当数のアメリカ人が「簡単で融通のきく」ものに意欲を示すのは、虫めがねで読まなければいけないほどこまかい契約書の「現状」がいき過ぎている、という意味がこもっている可能性が高い。逆に、87%の日本人が「こまかく具体的」な契約書を好むのは、契約なしあるいは簡単で曖昧な契約書の「現状」が不十分である、という意識があるからだろう。アメリカ人が非常に簡単ないわゆる「日本型契約書」を好んでいるということではないだろうし、日本人が分厚くて非常にこまかい、いわゆる「合衆国型契約書」を好んでいるとは考えられない。それでも、従来の「常識」を考える上で、アメリカ人も日本人もお互いに現状に不満をあらわしているということ自体は相当意義があるように思う。

最近の調査における契約への態度に関する第2の質問も、注目に値する。契約書の利用に関する質問として、質問12（「親しい友人に1ヶ月の給料に当たる金額を貸すとします。この場合、借用証をとりますか。」）を紹介したい。アメリカ人の回答をみると、「かならず取る」と「たぶん取る」の合計（41.4%）は、「絶対取らない」「たぶん取らない」の合計（40.7%）とほとんど同数であった。それに比べると、日本の場合、「取る」組（「かならず取る」「たぶん取る」）の合計（53.5%）が「取らない」組の合計（31.8%）を大きく

上回った。契約書に抵抗を示すどころか、こうした友人間でさえ、半分以上の日本人が借用証を取りたがる、という結果になっていた。さらに印象的なのは「絶対取らない」の回答ぶりである。アメリカ人の15.5%は借用証を絶対取らないと答えたのに対して、絶対取らない日本人はわずか2.9%しかいなかった。

ここで示された態度と現実の行動とが一致しているかは、また別の問題である。上記の調査結果を試すために、著者が代表して2004年3月に行った調査では、無作為で選ばれた2000人の日本人に対し、知人に10万円以上の金銭を貸したことがあるか、あるいは逆に、知人から10万円以上の金銭を借りたことがあるか、と質問した。このいずれかの質問に「はい」と答えた回答者に対し、さらに、そこで借用証を用いたか、との質問がなされた。回答率は70%を超えていた。その回答者のうちで、291人が10万円以上貸したことがある、162人が借りたことがあると回答した。貸した回答者のうち、借用証を受け取ったのは22%に過ぎず、借りた回答者のうち借用証を差し入れたのは24.7%にとどまった。まとめると、日本で借用証を実際に用いるのは、2000年の意見調査で示された選好よりも、ずっと低いようである。

残念ながら、合衆国で借用証が現実に使われる度合いについては、同様のデータが見当たらない。しかし、先に紹介した質問12は、友人間の貸し借りについてのもので、ビジネスの場面での貸借などの取引ではなかったことは、念頭に置くべきである。少なくとも友人間の場合、「契約社会・合衆国」のイメージとは裏腹に、アメリカ人回答者のうちで、借用証を取るほうが望ましいとしたのは、半分を大きく下回り、15%を超えるアメリカ人——何と日本人の5倍以上——が、絶対に受け取らないと回答している。私自身の経験では、こういった調査結果は、まったく驚くべきことではなく、実際の行動様式と大きく食い違うことはないように思われる。川島は合衆国社会を「約束と友情とははっきり別のものだ」とする社会だと表現したけれども、少なくとも友人関係では、アメリカ人は、借用証などの書面なしに、握手の信頼関係でお金の貸し借りをすることが多い。

(出典：ダニエル・H・フット著(溜箭将之訳)『裁判と社会—司法の「常識」再考』124 - 136 頁、NTT出版、2006年。なお、問題作成の都合上、原文の一部を略している。)



問1 問題文は、アメリカ人の日本法研究者によって書かれたものであるが、その要旨を1000字以内にまとめなさい。(100点)

問2 問題文の内容について、賛否とともに、あなたの意見を述べなさい。(50点)

問3 かりに、あなたが友人に10万円を貸すとして、「借用書」を取るか、取らないか。その理由を述べなさい。(50点)