

民事訴訟法と法学教授法との交錯の一断面

——民事訴訟法の司法試験問題の具体的考察を通して——

和田 吉 弘*

目 次

- 1 はじめに
 - (1) 従来の状況
 - (2) 本稿執筆の意味
- 2 検 討
 - (1) 平成25年民事系第3問設問3・4の事案の概要
 - (2) 設問3(1)について
 - (3) 設問3(2)について
 - (4) 設問4について
 - (5) 法科大学院教育の役割についての展望
- 3 おわりに

1 はじめに

(1) 従来の状況

本稿は、民事訴訟法と法学教授法との交錯を扱う。

民事訴訟法は学問領域として確立しているといえるところ、法学教授法についても学問として研究する必要があるというのが、私の主張である。しかし、法律学に限らない話ではあるが、大学での教育のあり方についての従来の検討は、残念ながら、一般にいわゆるFD(Faculty Development)として検討するという、学内行政として教育方法の改善を図るという位置付

* わだ・よしひろ 立命館大学大学院法務研究科教授

けにとどまっていたように思われる。

もちろん、既存の学問として教育学という分野は確立されているが、高校までの教育を念頭に置いたもののようである。それは、大学では、研究が第一義的に重要とされ、教育はその研究をもとに各教員の裁量で行えば足りる、と考えられてきたからであろう。その考えは基本的には正論と思われる。しかし、だからといって大学での教育について研究する学問が成り立ち得ないとか、不要であるということにはならないであろう。現代のように大学が大衆化した状態ではなおさらと思われる。そうした中で、例えば、英語は、高校までの授業に限らず、大学でも授業が行われているし、社会人にも学んでいる人が多いという事情があり、英語教授法として検討されているように思われる。そうであれば、法律についても、大学で授業が行われ¹⁾、社会人にも学びたい人が一定程度はいると思われるのであるから、法学教授法という学問分野を考えてもいいのではないか、と思われるのである。

私は、そうした認識から、かつて、「法学教授法序説」と題する論文²⁾を執筆した。そこでは、大学での法学教育が、大学教員にとって、程度の差はあれ残念ながら一般的にはあまり重要でないものと考えられてきた、との認識に立ち、「大学の社会的責務を考えるならば、法律実務家ないし将来の法律実務家であると期待される者に対してどのような法学教育を行うかについても、大学の法学部が十分な関心を持つべきであるように思われてならない」³⁾ ことなどを主張して、英語教授法を参考として⁴⁾「法学教授法」

1) 最近は、「法教育」と言って、弁護士会などで高校生以下の学生ないし生徒に具体的な法律の有用性を学ばせる活動も見られるようであるが、これは、高校生以下の若い時期から社会における法の重要性を認識させるという意味で確かに重要ではあるものの、実施を進める側には、大学生や社会人になって法曹を志望する者を増やそうという意図もあるものと思われる。

2) 「法学教授法序説——『法学教授法』概念確立の提案と『二種の法学』の教育についての若干の考察——」明治学院論叢59号（法学研究63号）（1997年）337頁以下。

3) 拙著・前掲注2）343頁。

4) なお、その後、法学部における英語教育自体について、一定の試みの紹介をしたこと

概念を一つの学問分野として確立すべきことを提案した。

その後、時代は大きく変化した。とくに2004年に法科大学院制度が創設されたことで、法科大学院を設立した大学における法学教育はそれまでとはかなり違ったものになり、以前のように大学が法学教育や法律実務を軽視することはできないことになった。さらに、それは法科大学院での教育にとどまらず、とくに近年法曹コースや在学中受験が認められたことに伴い、法学部の教育にも、大学で法曹養成を担うことになったことの影響が強く及ぶようになっている。

現在は、法科大学院に勤務する実務家教員を中心に具体的な教育方法についての情報交換や議論は、さまざま行われているようであり⁵⁾、そのこと自体は大変望ましいことではあるが、学問として確立しようとする方向は窺えない。

(2) 本稿執筆の意味

私としても、諸般の事情により法学教授法についての検討を十分できてこなかったことにまさに忸怩たる思いがあるが、大学の内外で自分なりの実践の試行錯誤を重ねてきたつもりではある。その1つが、法曹養成志望

がある。「法学部における英語教育について——原典講読の新たな試みの紹介と検討——」明治学院論叢623号（法学研究66号）（1999年）85頁以下（＝教育学論説資料19号50頁以下にも掲載）。

5) その1つが、日弁連による「法科大学院教員研究交流集会」であり、毎年開催され、今年で第16回になる。この集会は、「法科大学院における教育の具体的手法や内容について教員相互の情報共有を図り、教育内容・方法の一層の質の向上を目指すため」に開催される、とのことである。

また、臨床法学教育については、2008年に設立された臨床法学教育学会がある。同学会の設立趣意書によれば、臨床法学教育には、①リーガル・クリニック（現実の依頼人に対し学生が法曹資格を有する教員の指導監督の下に法律サービスを提供するもの）、②シミュレーション（現実の事案を教育目的に応じて加工し教材として用いるもの）、③エクスターンシップ（現実の法務活動を行う法律事務所・企業法務部・行政機関・各種NGO等に学生を派遣するもの）という3つの形態がある、とされる。

の初学者のために民事訴訟法関連の教科書をいくつか⁶⁾作成したことである。それらは、いずれも私なりの法学教授法の視点に基づくものではある⁷⁾。当面は、具体的な議論を通して、法学教授法という学問分野を構築する素材を集めるべき段階にあるのかもしれない。

ところで、法曹志望者が合格しなければ法曹になれない大きな関門が司法試験であり、司法試験のあり方が法曹教育のあり方も左右することになっている。司法試験については、旧司法試験の時代から、事実上、その合格率や合格者数だけをもとに大学の法学部をランク付けする向きが強く、それは現在の司法試験制度と法科大学院制度においても基本的に変わっていない。しかし、大学は、決して司法試験の出題に全く問題がない所与のものとして振り回されるべきではない。むしろ、司法試験の出題のあり方を含め、「法曹養成のあり方、司法制度のあり方等」に対して、長期的な展望のもとにたえず批判の視点を持⁸⁾つべきで、この点は今後も絶えず再認識する必要があるように思われる。

そうした中、私は、民事訴訟法の研究者としても活動を行ってきたつもりであるが、司法試験の民事訴訟法の過去の出題には、民事訴訟法の研究者の視点からも、残念ながら問題のあるものも少なくないように感じると

6) 基礎からわかる民事執行法・民事保全法(初版は2006年、第2版は2010年、第3版は2021年)(①)、民事訴訟法から考える要件事実(初版は2009年、第2版は2013年)(②)、基礎からわかる民事訴訟法(初版は2012年、第2版は2022年)(③)。

7) 法科大学院制度における教育については、とくにいわゆる未修者の教育に成果が上がっていない点に大きな問題を抱えていることが、広く認識されているところである。民事訴訟法について言えば、従来のいわゆる基本書は、＜民事訴訟法についてすでに分かっている人が読むと読めるが、これから民事訴訟法を一から学習しようとする人が読もうとしても難しくて読めない＞というものが残念ながら多かったように感じられたため、前掲注6)に掲げた基本書は、いずれも、初学者にとって理解しやすいようにという観点をとくに重視して執筆したものである。

その点も含め、とくに前掲注6)の③の基本書を執筆した思いについては、2022年11月18日に行われた日弁連民事実務研究会の勉強会(コロナ禍の時期であり、オンラインによる)において、「法曹養成としての未修者への民事訴訟法教育」と題する報告で述べさせていただいた。

8) 拙著・前掲注2)361頁。

ころである。そこで、本稿では、その点を民事訴訟法と＜法学教授法の各論としての評価論⁹⁾>という2つの視点から検討して、問題状況を世に問う必要性を感じた次第である。例として、2013年（平成25年）の司法試験の民事訴訟法の出題（設問3と4のみ）を取り上げる¹⁰⁾。一般に、司法試験の民事訴訟法の出題について、学者は、法学教授法という視点ではなく民事訴訟法のための視野で考えるであろうし、他方、司法試験の予備校は、一定程度法学教授法の視野で考えている面もあるが、学問的な視野というよりも、受験生の合格を實際上支援するという限りでのみの視野で考えているであろう。そのような状況において、法科大学院は、法曹養成を目的としているのであるから、本来は、法律の専門領域の研究とともに法曹養成を念頭に置いた法学教授法の研究もすべきで、その結果としてそれらの交錯領域についても研究を重ねた上で、効果的な実践につなげるべく社会に問題提起することも期待されているはずであろう。しかし、私には残念ながら必ずしもそうになっていないように思われたので、民事訴訟法の研究者と法学教授法の研究を志す者として、この小論で、民事訴訟法と法学教授法の交錯領域を扱う具体例を示し、問題提起をしたいと考えた次第である。

9) ここに言う「評価論」というのは、教授法において成績評価（筆記試験等）をめぐる議論をいう。

10) 本稿で取り上げる司法試験の民事訴訟法の出題の問題性については、かつて、司法試験受験生向けのものとして、「平成25年司法試験民事系第3問（設問3・4）についての数々の疑問～『特別講義 民訴の深い基礎と法的思考』を終えて～」ハイローヤー2014年4月号105頁以下（http://blog.livedoor.jp/accstatsumi/documents/201404_HL_report.pdf）と拙著・新 Professor シリーズ 司法試験論文過去問 LIVE 解説講義本 和田吉弘民訴法（2014年）247頁以下でも取り上げたことがある。しかし、論じた内容が民事訴訟法の専門性の高いものであったためか、残念ながらとくに注目されることはなかったようである。

なお、それらと本稿とは内容的に重なる部分も多いが、それらは読者及び掲載紙からしても研究論文として掲載したものではないのに対して、本稿は改めて研究論文として構成し直して世に問うものであり、いわゆる不正な二重投稿には当たらないと考える。「立命館大学研究活動に係る不正行為の防止および対応に関する規程」の第3条（1）のエには、不正行為としての二重投稿の意義として、「原著性が要求されている場合において既発表の論文または他の学術雑誌に投稿中の論文と本質的に同じ論文を投稿すること」とある。

2 検 討

(1) 平成25年民事系第3問設問3・4の事案の概要

まず、本稿で取り上げる平成25年の司法試験の民事系第3問（民事訴訟法）の設問3と4¹¹⁾について、それらに共通する事案の概要を確認しておくと、それは次のとおりである。

原告Gと被告Hの父Fは、平成15年4月1日に死亡した。Fの相続人は子であるGとHだけで、Fの妻はFより先に死亡している。

Gが、Hに対し、土地乙につき所有権確認および所有権移転登記手続を求める訴えを提起したところ（前訴）、Hは、土地乙の明渡しを求める反訴を提起した。Gは、土地乙は、Fからその生前に贈与を受けた資金でGがJから買ったと主張し、Hは、Jから土地乙を買ったのはGではなく、Fであり、その後HがFから贈与を受けたと主張した。

前訴の裁判所は、＜土地乙をJから買ったのは、GではなくFであると認められるが、FH間の贈与は認められない＞との心証を得たものの、釈明を求めることなく、本訴・反訴請求をいずれも棄却し、その判決は確定した。

ところが、その後もHが贈与で土地乙の所有権を取得したと主張したため、Gは、Hに対し、土地乙がFの遺産であることを前提として、相続で取得した土地乙の共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えを提起した（後訴）。後訴において、Hは、前訴判決により、土地乙がGの所有でないことについて既判力が生じているから、Gは相続による共有持分の取得を主張することもできないと主張している。

11) <https://www.moj.go.jp/content/000111058.pdf>（論文式試験問題集民事法）の13頁以下（民事系科目第3問3頁以下）。

（2）設問3（1）について

上の（1）で記したような事実関係を前提にして、設問3（1）は、「相続による特定財産の取得を主張する者が主張すべき請求原因は何か。本件の事実関係に即して説明しなさい（共有持分の割合に関する部分は捨象すること。）」という問題である。

これについて、法務省発表の「平成25年司法試験論文式試験問題出題趣旨」¹²⁾（以下「出題趣旨」という。）は、①「Fは平成15年4月1日死亡」、②「GはFの子」、③「Jは土地乙をもと所有」、および④「JF売買」を摘示すべきであるという¹³⁾。

ア 問題文の不明確さ

しかし、この問題では、そもそも「相続による特定財産の取得を主張する者」というのが、本件でGなのか、それともHでもいいのか（GとHなのか）も不明確のように思われる。GもHもFの相続人であり、Gが本訴を提起しているのに対して、Hも反訴ということで訴えを提起しているから、いずれも「相続による特定財産の取得」を主張しようと思えばすることはできるはずである。

また、もし本問でG（のみ）が「相続による特定財産の取得を主張する者」であるとした場合にも、Gは、前訴で相続のことを主張していなかったので、「本件の事案に即して」という問題文から、「仮にGが前訴で相続のことを主張したとしたら」と仮定していいのかどうかというのも、分かりにくいことになっている。

イ 「被相続人のもと所有」の無視の不自然さ

さらに、「相続による特定財産の取得を主張する者」が被相続人のもと所有を主張しないことは、およそ考えられないことである。「相続による特定

12) <https://www.moj.go.jp/content/000119900.pdf>。本稿に関わる部分は8頁以下である。

13) 前掲注12)の8頁。

財産の取得」ということは、被相続人がその特定財産を有していたことを前提にするからである。本問でも、もし G が初めから「相続による特定財産の取得を主張する」場合には、当然、F のもと所有を主張するはずである。とくに本問のように、H が F のもと所有を認めているのであれば、F のもと所有に権利自白が成立するから、G としてはそれで全く問題ないはずである。

ところが、出題者は、H が F のもと所有を認めているという事実関係は無視して、G が F のもと所有を認めていないという事実関係の方だけを「本問の事実関係」として、被相続人 F の前主 J のもと所有から請求原因としているものと考えられる。しかし、G が F のもと所有を認めていないというのは、もともと相続とは関係のないことである。本問で相続を主張したいとするはずの G が、F のもと所有を認めていないという、相続を主張しないことを前提とする事実をもとに考えるよう受験生に要求するのは、かなり無理があると言うべきである。

ところで、出題者は、最判昭和55年 2 月 7 日民集34巻 2 号123頁をもとに本問の請求原因となる要件事実を考えたと思われるところ、確かに、この判例は、「相続による特定財産の取得を主張する者は、(1)被相続人の右財産所有が争われているときは同人が生前その財産の所有権を取得した事実及び (2)自己が被相続人の死亡により同人の遺産を相続した事実の二つを主張立証すれば足り」とする。

しかし、その判例の事案は、被相続人(本問の F に相当)の所有が「被告」によって争われたというものであり(上に引用した(1)の「被相続人の右財産所有が争われているときは」というのは、そのことを示す)、そのために、請求原因として被相続人の前主(本問の J に相当)のもと所有に遡る必要があったのである。本問で、もし H が F のもと所有を認めていないのであれば、その判例どおりに、G が F の前主である J のもと所有から請求原因を主張することになるが、本問のように、H が F のもと所有を認めていることを前提にすれば、G が「相続による特定財産の取得を主張する」には、請求原

因として、Jのもと所有に遡ることなく被相続人Fのもと所有から始めるのは当然である、と思われる。出題者は、そのような検討をすることなく、その判例の議論を過度に一般化し、それを違う事案にも妥当するものと安易に考えて、出題に対して上記のような解答を考えてしまった、と言わざるをえない。

出題者は、後述するように、設問3(2)や設問4で、前訴では積明権行使なしに一部認容することが可能であったとするので、そこへの思考の流れの初めとして設問3(1)を用意して、Jもと所有からの要件事実論を考えたようでもあるが、設問3(1)の表現からJもと所有を前提と（のみ）せよとすることにはやはり無理があろう。なお、「出題趣旨」は、③④の代わりに「Fは①の当時土地乙所有」とする答案にも同じ評価をするという¹⁴⁾が、答案を採点して＜出題が正解とするものかにミスがあったかもしれない＞と意識したことからの弥縫策のようでもあり、後述するようにそのような答案にも設問3(2)で④について主張共通を説くから、Jのもと所有からの要件事実で考えていることに変わりはないであろう（Fもと所有を前提にすれば④についての主張共通は不要のはずである）。

要するに、本問では、設問の表現自体が不明確であり、また請求原因としては被相続人のもと所有を前提にするのが自然であるところ、出題者は、一方的にそれを無視した解答を考えているのであり、出題ミスか解答ミスと言うべきであると思われる。控え目に言っても、本問は、受験生に不意打ちになりうるきわめて曖昧な出題であり、設問の意味（何が解答として要求されているのか）について相当な時間をかけて検討しなければならないという、民事訴訟法の知識や応用力とは関係のない大きな負担を与えてしまったことになろう。本試験の実施までに、十分な時間をかけて設問の法律論や表現を検討しなければならなかった、と言うべきであろう。

14) 前掲注12)の8頁。

(3) 設問 3 (2)について

次に、設問 3 (2)は、「前訴における当事者の主張を前提とすると、裁判所は、適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができるかどうか、検討しなさい。」という問題である。

これについて、「出題趣旨」は、本問の解答として、前述した設問 3 (1)の請求原因①～④を前提に、要するに、①②③は G の主張から読み取ることができ、H のみが主張している④も主張共通の原則が適用されるから、必要な請求原因の主張に欠けるところはなく、釈明権の行使なしにすべて判決の基礎とすることができる、とする¹⁵⁾。

しかし、ここでは仮に設問 3 (1)の要件事実の捉え方の問題は措くとしても、本問の解答とされる内容について、次のような種々の疑問がある。

ア 問題文の不明確さ

受験生の中には、本問の表現から、本問の裁判所が前訴の裁判所なのか後訴の裁判所なのか迷った、という人が多かったようである¹⁶⁾。よく検討すれば前訴であることは分かると解される¹⁷⁾が、余りにも曖昧な表現の設

15) 前掲注12) の 8 頁以下。

16) これは、私が、当時、受験生から直接聞いたり、インターネット上の SNS などでの発言を見たりして認識したものであり、具体的なものを注記することはできない。

17) その理由としては、まず、問題文にある事例 2 の説明として、「前訴の裁判所は」で始まる段落（前掲注11) の14頁）の 3 行目に、「何らの釈明を求めることなく」とあるのは、前訴においてのことで、このことと関連しているとみることができるからである。また、P3 の最初の発言の中に、「前訴において、G の請求はその限度で認容されるべきであったのではないのでしょうか。」とあり（前掲注11) の14頁）、設問 3 の前提となる会話が前訴についての話である、ということになる。さらに、もしこれが後訴のことを問題にしているということになると、本文で後述するように、設問 4 で問われているのが既判力による遮断であり、その問題が先に来るはずで、それよりも前に設問 3 があるのはおかしいということになるために、設問 4 との関係からも、設問 3 (2) は前訴の話と解さざるを得ないことになる。

このように、受験生としても、注意深く問題文を読み取れば、本問の裁判所が前訴の裁判所なのか後訴の裁判所なのか迷うことはなかったであろう。ただ、本試験の緊張感の中でそのような読取りができなかったとしても、無理からぬことと思われる。

問であり、受験生にとってそのような迷いが生じる余地は十分あったものと思われる。出題者としては、より明確になるように、例えば、「裁判所は」を「前訴の裁判所は」とし、「上記請求原因を判決の基礎とすることができかどうか」も、過去形にして「……できたかどうか」とすることは、容易にできたはずであるし、そのようにすべきであったと思う。

イ 所有についての権利自白を意識していないこと

設問3(1)についての出題者の認識を前提にした場合にも、③は「Jは土地乙をもと所有」というものである。所有というのは、通常理解では証拠によって直接認定できる要件事実ではないため、権利自白が成立しない限りは、最終的に原始取得からの所有権取得原因事実を主張立証しなければならない¹⁸⁾。

ところが、「出題趣旨」は、権利自白については一言も触れず、③もGの主張から読み取ることができるから判決の基礎とすることができる、としてしまっている。HもJのもと所有を前提としており、Jのもと所有が前提となることには変わりがないから、出題にとくに実害はなかったと思われるが、ここには、出題者に権利自白という要件事実論の基本についての全くの無理解があると思われる。

ウ F死亡の主張ありとしていること

「出題趣旨」によれば、要件事実としてのFの死亡は、「Gの主張から読み取ることができる」として、それ以上問題としていない。確かに、問題文には、「Gは、土地乙は、Gの父Fからその生前に贈与を受けた資金でGがJから買い受けたものであると主張し」とあり¹⁹⁾、「生前」という言葉が見られる。生前という表現は、言うまでもなく、その後にFが死亡したことを当然の前提とする。

18) 拙著・前掲注6)の②の第2版の65頁以下。

19) 前掲注11)の14頁。

しかし、その主張は、G としては要件事実ではない単なるいわゆる「事情」²⁰⁾ としてのものであり、生の主張としても細かく死亡年月日まで挙げていないとみるのが自然である。相続の要件事実として、通常は、被相続人の死亡というだけでなくその死亡の年月日まで要求されていると思われる²¹⁾。そうすると、少なくともその点の釈明権行使は必要となると思われる。この点に関して、問題文には、「材木商 F は……平成15年4月1日、死亡した」²²⁾ とあるが、それは当事者の主張内容を示したというのではなく、地の文で客観的な事実を書いておいたにすぎないものと理解される。もしこれを出題者が当事者の主張内容として捉えることを受験生に要求するのだとすると、これも無理な要求と言うべきである。

なお、裁判所が、当事者が主張した事実について、当事者とは異なる法的観点の要件事実として扱う場合には、いわゆる法律問題指摘義務の問題が生じ、法律問題指摘義務の履行も、実務上は釈明権（義務）の行使として行われる²³⁾。本問では、いわゆる事情として GF の父子関係や F の死亡に言及しているのであって、相続の要件事実として主張しているわけではないから、法律問題指摘義務という観点でも釈明権の行使は必要となるはずである。

20) 拙著・前掲注6)の③の第2版の299頁参照。

21) 拙著・前掲注6)の②の第2版の206頁以下。

そうすると、JG 間で売買があったという G の主張や、JF 間で売買があり FH 間で贈与があったという H の主張についても、要件事実論上、いつ売買や贈与がなされたのかについての主張が必要となるわけで、その点も本問のような主張の要約でははっきりしないようにも思われるが、それらについては、要件事実としての主張であるから、本問の合理的解釈として、生の主張としては当然に年月日まで主張されていたとみるべきなのであろう。そうでないと、前訴の裁判所が JF 間の売買を認定したこと自体がおかしなことになってしまうからである。

22) 前掲注11)の13頁。

23) 前掲注6)の③の第2版の267頁参照。

エ 父子関係やF死亡の主張の有無について評価外としたこと

ところで、これに関連して、法務省発表の「平成25年司法試験の採点実感等に関する意見」（以下「採点実感」という。）には、「FG間の父子関係やF死亡の事実……について主張はないものと理解した答案もあったが、本設問の主眼は主張共通の原則についての理解を問うことにあるため、これらの点についての主張の有無の理解自体を有利ないし不利に評価することはしていない。」²⁴⁾とある。

しかし、本問は、事前に、主張共通の原則についての理解を問うことに主眼があると示されていたわけではないから、受験生で、父子関係やF死亡の主張の有無も弁論主義の点で重要であると考えて相当の時間を使って検討した者にとっては、著しく裏切られた気持ちがするであろう。おそらく、ここでも、出題者としては、多くの答案を見て、自ら設定した事案が具体性に欠けていたことなどに気が付いて、出題ミスを目立たないようにするために実質上事後的に出題から外したものと推測される。ただ、主張の有無は後述のように設問4にも影響するのであり、出題についての事前の検討が全く不十分であったことが露呈してしまっている。

オ 設問の表現が受験生を惑わすものであること

本問には、「適切に釈明権を行使したならば」という言葉が入っている。そこで、受験生が本問を普通に読めば、日本語の意味として、「適切に釈明権を行使したならば、上記請求原因を判決の基礎とすることができる」という肯定的な解答か、「適切に釈明権を行使しても、上記請求原因を判決の基礎とすることができない」という否定的な解答かを、その理由とともに説明することを求めているもの、と理解するであろう。通常はそういう問いであると理解されるのに、出題者は、釈明権を行使しなくても上記請求原因を判決の基礎とすることができるというのが正解である、というので

24) <https://www.moj.go.jp/content/000122708.pdf>（平成25年司法試験の採点実感等に関する意見）の22頁。

ある。前提を覆すそのような解答が正解であるというのは、普通の受験生にとっては、出題者を怒らせるかもしれないというリスクのある勇気が要するという話であり、受験生にあまりにも酷な話であろう。前述のように、少なくとも F の死亡年月日について釈明権行使が必要である、という理解の方が正当であると思われるから、釈明権行使が不要であるというのが正解であるとするには、なおさら疑問が大きい。

ここでは、問題文が不明確であったほか、要件事実論と法律問題指摘義務について出題者の理解が足りなかったこと、そのために出題に不具合が生じたことから偏った採点をしたと言わざるを得ず、ここでも、試験に取り組む際の時間の配分、思考力・集中力の配分などの点で受験生に不意打ちを与えた可能性が高い。

(4) 設問 4 について

設問 4 の問題に移る。

設問 4 は、後訴を前提として、「あなたが、司法修習生 P3 であるとして、弁護士 L3 から与えられた課題に答えなさい。」という問題である。そして、L3 からの課題とは、「信義則を理由として既判力の作用を訴訟物よりも狭い範囲に止めること（遮断効の縮小）も認められるかもしれません。……本件では、平成10年判決を参考にして立論することにしましょう。……どのような事情がいかなる理由により信義則の適用を基礎付けられるのか、十分検討する必要があります。……H の上記主張に対し、G の立場から考えられる法律上の主張を立論してみてください。」というものである。

ここに引用されている「平成10年判決」とは、問題文の会話に引用されている最判平成10年 6 月12日民集52巻 4 号1147頁で、「金銭債権の数量的一部請求訴訟で敗訴した原告が残部請求の訴えを提起することは、特段の事情がない限り、信義則に反して許されない」とした判例である。また、「H の上記主張」とは、「前訴の本訴請求についての判決により、土地乙は G

の所有でないことが確定しており、この点について既判力が生じているから、Gは相続による共有持分の取得を主張することもできない」という主張を指す。

ア 出題者の考える正解

本問について、「出題趣旨」は、「Gの主張の評価」として、「前訴でHは、反訴請求原因事実としてJF売買・FH贈与を主張し、裁判所が前者を認め後者を否定した以上、前訴判決には乙土地（ママ）がFの遺産であるとの裁判所の判断が示されており、設問3で検討したように、本来Gの本訴請求は相続分に応じた共有持分の限度で一部認容されるべきであったことを考えれば、後訴において、Fからの相続による乙土地の共有持分権の取得をGが主張することが紛争の蒸し返しであるとは評価できない。」とした上で、「Hの信義則違反」として、「後訴においてHが、前訴裁判所の上記判断を前提としてFの死亡によりその子Gが共有持分権を取得したとするGの主張を、Gの所有権確認請求を全部棄却した内容的に不当な判決の既判力を持ち出して争うことは、上記判断が前訴におけるHの自己責任に基づく訴訟追行の結果であることに照らすと、信義則違反である。」²⁵⁾とする（後者の「Hの信義則違反」の説明の中で2回出てくる「上記判断」とは、もちろん、土地乙がFの遺産であるとの前訴裁判所の判断を指す）。

これについては、まず、所有権確認訴訟の請求棄却判決が確定した場合については、共有持分の主張も既判力で遮断されるとするのが判例法理²⁶⁾であり、ここでもそれが前提になっていると思われる。その上で、①Gの後訴請求については、本来その判例法理に反するものであるものの、本問では、紛争の蒸し返しとは評価されないとし、その理由として、Gの後訴請求が土地乙がFの遺産であるとの前訴判決の実質的な判断に沿うものであることが挙げられ、他方、②Hの上記主張（前訴判決の既判力により、Gは

25) 前掲注12)の9頁。

26) 最判平成9年3月14日判時1600号89頁①。

相続による共有持分の取得を主張することもできない、との主張)については、①とは反対に本来上の判例法理に従った主張ではあるものの、本問では、信義則違反の主張であるとし、その理由として、土地乙がFの遺産であるとの前訴判決の判断がなされ、それがHの自己責任に基づく訴訟追行の結果であることが挙げられているのである。これは、上記判例法理の判例に付された福田博裁判官の反対意見に従ったものようである²⁷⁾が、事案の違いを看過したものと思われ、またむしろその反対意見の他の部分を参考にした検討をすべきであったと思われるが、それらの点は後述する。

①も②も、判例法理に従わないという意味で実際には無理があるかもしれないが、本問で要求されているように、Hの上記主張に対してGの立場から考えられる法律上の主張を立論するとすればそうなる、ということであらう。

イ 前訴手続で相続の要件事実の主張はあったとした場合の疑問

しかし、設問4についても、このような解答を正解であるとするに大きな疑問がある。

まず、前訴手続で相続の要件事実の主張はあったとした場合について検討する。設問3(2)について、出題者は、前述のように、前訴裁判所は、相続の要件事実はすべて主張されていたから、釈明権を行使しなくても共有持分の限度で一部認容すべきだったとするが、それを前提にするのであれば、前訴裁判所が相続の点についても判断すべきであるのに判断しなかったという意味で、前訴判決には再審事由としての「判断の遺脱」があったことになるのではないだろうか。民事訴訟法338条1項9号は、「判決に影

27) 前掲注26)の判例の事案は本問とよく似たものであり、本問はこれをもとに作成されたと思われるところ、福田裁判官の反対意見は、「被上告人(本問のHに相当)が、前訴で排斥された所有権取得の主張を繰り返し、本件土地の遺産帰属性を争うことは、前訴判決によって決着したはずの紛争を蒸し返すものであり、信義則に反すると言わざるを得ない。」としていた。

響を及ぼすべき重要な事項について判断の遺脱があったこと」を再審事由として規定し、これについては、「当事者が適法に提出した攻撃防御方法で、当然判決の結論に影響するものに対し、判決理由中で判断を示さなかった場合である」と説明されているところである²⁸⁾。

338条1項にはただし書があり、「ただし、当事者が控訴若しくは上告によりその事由を主張したとき、又はこれを知りながら主張しなかったときは、この限りでない。」と規定する。これは周知のように再審の補充性と呼ばれる問題であるが、本問の事例はこれには該当しないであろう。まず、Gは、控訴や上告でその判断遺脱を主張していない。また、通常、自ら主張している攻撃防御方法について裁判所が判断しなかったことで敗訴した当事者には、判断遺脱があったことが容易に分かるはずではあるが、本問では、出題者によれば相続についても主張に欠けるところはないとされているものの、Gは、自分が意識的に相続の点を主張しているわけではないので、判断遺脱は知らなかったと思われるからである。

もし、後訴が、再審の訴えではなく、本問のように共有持分権に基づく所有権一部移転登記手続を求める訴えであれば、後訴の裁判所は、釈明権を行使して再審の訴えへの変更を促すべきである。そして、再審の審理により前訴判決を取り消して、Gの共有持分権の限りでGの前訴請求を認容すべきである。結局、設問4は、そのような問題状況であることを出題者自身が理解していなかったことになる。本問のもとになったと思われる前述の判例²⁹⁾の事案では、前訴で相続の事実が主張されなかったとされてい

28) 新堂幸司・新民事訴訟法〔第6版〕(2019年) 942頁。

なお、もし、所有権確認請求に対し、共有持分の限度で一部認容するには、共有持分の確認をする訴えに変更しなければならないという立場を採った場合には、前訴の裁判所が相続について判断しなかったことは判断遺脱に当たらないことになるが、Gの後訴が既判力で妨げられるという問題もなくなることになる。本問は、既判力の縮小を議論せよというものであるから、このような立場での検討は、本問が解答として要求する方向とは別のものであることになる。

29) 前掲注26)。

るので、判断遺脱の問題は生じなかったのであり、出題者はこの違いとその意味に気付くべきであった。H の主張について、「出題趣旨」は前記のような理由で信義則違反とするが、再審事由があるということであれば、H の態度は一切無関係であるはずである。

ウ 前訴手続で相続の要件事実の主張はなかった（欠けていた）とした場合の検討

設問 3 の (2) で見たように、本問の事案では、前訴手続で説明権の行使なしに相続について当然に主張ありとして一部認容判決をすることはできない、と解される。そういう前提で考えた場合には、設問 4 にどう答えるべきなのであろうか。

(ア) 再審事由としての判断遺脱の成否

まず、相続について主張がないのであるから、通常考え方では、主張がない以上、再審事由としての判断遺脱はないことになろう³⁰⁾。しかし、学説上は、「現実には当事者により争点とはならなかったが、裁判所の認定した事実によると、明らかに裁判所が職権で取り上げて説明し、争点とすべきであったのに……、それをする事なく、それゆえその事項につき判断も下さなかったという場合」も、「その事項については、……、手続保障欠缺の瑕疵ありとして判断遺脱となる、とする説がある³¹⁾。再審により少しでも正しい裁判がなされるべきであるから、私もこの説が正当であると考えられるものである。本問でも、相続については、明らかに裁判所で職権で取り上げて説明し争点とすべきであったと言えるのであるから、たとえ本問で相続について当事者の主張がなかったとした場合であっても、判断遺脱

30) 大判昭和 7 年 5 月 20 日民集 11 卷 1005 頁も、判断遺脱について、「其ノ判断ノ如何ニヨリ判決ノ結果ニ影響ヲ及ホスヘキ事項ニシテ当事者カ口頭弁論ニ於テ主張シ又ハ裁判所ノ職権調査ヲ促カシ之カ判断ヲ求メタルニ拘ラス之ヲ脱漏シタル場合ヲ指示スル」とし、当事者が口頭弁論で主張したか、裁判所の職権調査を促し判断を求めた事項に限られる、とする。

31) 加波真一「(民事) 判決無効の法理 (3・完)」北九州大学法政論集 22 卷 2 号 (1994 年) 203 頁。

の再審事由はあるとすべきであろう。ただ、この点はこれ以上立ち入らず、通常の考え方に従い判断遺脱の再審事由はないものとして論を進める。

（イ）平成10年判決を参考にした立論の要求の意味

設問4は、「平成10年判決を参考にして立論することにしましょう。」とある。そこで、その方向で考えた場合には、平成10年判決で参考にできるのは、＜既判力が及ばない権利を主張する訴えでも、実質的には前訴で認められなかった請求及び主張を蒸し返す訴えで、全部について紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反し、被告に二重の応訴の負担を強いるものは、信義則上許されない＞という部分、と言うべきであることになろう。

これに関連して、所有権確認訴訟の請求棄却判決が確定した場合、共有持分の主張も既判力で遮断されるとする前述した判例³²⁾は、前訴で相続の主張がなかったとされた事案であるが、福田裁判官の反対意見は、「後の訴訟における当事者の主張が前の訴訟の判決との関係で許されるか否かを判断するに当たっては、既判力との抵触の有無だけでなく、当事者が一般的に期待する判決の紛争解決機能に照らし、当該主張が前の訴訟の判決によって解決されたはずの紛争を蒸し返すものか否かという観点からの検討も必要であり、前の訴訟における紛争の態様、当事者の主張及び判決の内容、判決後の当事者の対応及び後の訴訟が提起されるに至った経緯等の具体的事情によっては、既判力に抵触しない主張であっても信義則等に照らしてこれを制限すべき場合があり、また、その反面、既判力に抵触する主張であっても例外的にこれを許容すべき場合があり得ると考えられる。」とする。私は、本問でこれも参考になると考える。出題者もこの反対意見の別の部分³³⁾に依拠したと考えられることは、前述したとおりである。

そうすると、課題で要求された立論としては、まず、＜所有権に基づく請求について請求棄却の判決が確定した場合には、後訴で共有持分権の主張をすることも遮断されるのが原則である＞ということを前提として確認

32) 前掲注26)。

33) 前掲注27)。

した後、既判力の遮断効の縮小を論じることになる。それは、平成10年判決を本来既判力が及ぶ範囲内の訴えという逆の場合にも考慮して、＜本件の後訴は、実質的に前訴の蒸し返しにならず、共有持分権についても紛争が解決されたとの被告の合理的期待に反することなく、被告に二重の応訴の負担を強いるものでもないから、信義則上遮断されない＞というものとなろう。

その具体的な理由としては、前述の福田裁判官の反対意見を参考にすれば、例えば次のようなものが考えられる。すなわち、本件については、(i)前訴では、両当事者とも、単独所有の請求原因しか主張しておらず、専ら所有権がGにあるのかHにあるのかをめぐる争っていたこと、(ii)前訴と後訴とでは請求原因が全く異なり、前訴で、Gが、後訴の相続による共有持分権の取得を主張するためには、JG間の売買と矛盾する主張をしなければならないという状況であったこと、(iii)前訴で、裁判所が、既判力が共有持分権の主張の可否にまで及ぶことを考えて、釈明権を行使すべきであったのに行使しなかった結果、審理が尽くされず、相続を前提とする共有持分権についての判断はされなかったこと、(iv)Gの後訴は、Hが、前訴判決後も、贈与により土地乙の単独所有権を取得したと主張したために、提起されたものであるから、Hが、前訴の反訴も請求棄却になったのにその前訴判決の既判力を無視した、という態度がきっかけとなっていること、が挙げられる。

つまり、設問で求められているのは、「信義則から遮断効が縮小する」という議論であるから、そのためには、平成10年判決を逆に応用して、「前訴の蒸し返しではなく、被告の合理的期待に反せず、被告に二重の応訴の負担を強いるものではない」ということを挙げる必要があり、そのためには、上の(i)と(ii)が「当事者の攻防の状況」を示すものとして挙げられ、(iii)が「前訴裁判所の審理・判断」、それから(iv)が「前訴判決後の被告の態度」と「後訴提起の事情」として挙げられるのではないか、というわけである。

このような検討をした上で、Gは、Hの上記主張に対し、信義則上、G

の相続による共有持分の主張は前訴判決の既判力により遮断されない、と主張することが考えられる。このような立論が可能であろう³⁴⁾。本問は、このように考えて初めてかろうじて設問としての意味があることになるものと思われる。

ところが、出題者は、前述のような解答が正解であるとし、「採点実感」には、「問題文をよく読んでいない」答案の例として、次のようなものが挙げられている。すなわち、「前訴でFからHへの贈与の事実が否定されているにもかかわらず、後訴においてHがなお贈与を主張して土地乙が自己の所有に属すると主張するのは信義則違反である、と論じる答案」、「前訴ではGはJから土地乙の所有権を買得したと主張していたから、実質Gの一部敗訴を意味する相続による共有持分権取得の主張を予備的にでもしておくべきだったとするのは期待可能性がない、本来前訴において裁判所は共有持分権の限度でGの請求を一部認容すべきだったのであり、全部棄却とした裁判所の誤りによる不利益をGに課するのは公平でない、等の理由から、前訴判決の既判力はGによる共有持分権の主張を遮断しない限度で縮小すると記した答案」がそれである³⁵⁾。しかし、これらの答案のうち、前者については前述の(iv)の指摘と解され、また、後者については前述の(ii)(iii)の指摘と解され、いずれも十分解答の一部となり得るもので、本問の解答として非難に値するものとは到底思えない³⁶⁾。

34) これらの議論を念のため図式的に示すと、「信義則から遮断効が縮小する（結論） ← Gの再訴は前訴の蒸し返しではなく、被告の合理的期待に反せず、被告に二重の応訴の負担を強いるものではない（平10年判決の応用） ← 当事者の攻防の状況（(i)、(ii)）、前訴裁判所の審理・判断（(iii)）、前訴判決後の被告の態度（(iv)）、後訴提起の事情（(iv)）」のようになるであろう。

この場合、Gの主張としては、既判力が後訴に一応作用する以上、後訴が信義則に反するものでないというのでは足りず、信義則から既判力に遮断されない形で主張することができる（信義則によって遮断効の範囲が狭まる）、とまで言わなければならないことになる。

35) いずれも、前掲注24)の23頁。

36) とくに前者の答案については、出題者も参考にしたと思われる最判平成9年（前掲注26）の福田裁判官の反対意見においても、前掲注27)にも掲げたように、「前訴で排斥された所有権取得の主張を繰り返し、本件土地の遺産帰属性を争うことは、前訴判決によって

このように、本問については、出題者が、本問の事案について、そもそも判例の事案との違いを認識せず、またその違い以外の法律論としても十分な検討をせずに出題し、その結果、採点の方向も大きく間違えた可能性が高い。

さらに付言すれば、そもそも、「採点実感」には、「既判力によっては妨げられない訴えを信義則に基づいて却下した判例（……、平成10年最判）を分析して一般的な規範の定立を試みる答案が多く見られたが、……、規範定立を試みた成果は乏しいと感じられた。」³⁷⁾ ともある。しかし、前述のように、設問の前提となる弁護士 L3 の指示の中には、「本件では、平成10年判決を参考にして立論することにしましょう。」との記載があるから、指摘されたような答案が多くなったのは当然のことと思う。平成10年判決から規範定立をすべきでないというのであれば、問題文で求めた「平成10年判決を参考にして立論する」とはどういうことなのか。その点について、「出題趣旨」や「採点実感」で十分説明することが出題者に求められる、と言うべきであろう³⁸⁾。

ㄨ 決着したはずの紛争を蒸し返すものであり、信義則に反する」として、「前訴で排斥された所有権取得の主張を繰り返した」ことも、信義則に反する理由として挙げられているところである。

37) 前掲注24) の22頁。

38) さらに、些細なことではあるが、「採点実感」において、G を F と誤記しているところが何か所も見られた。その後修正がされたが、出題者の判断に従うしかない受験生が読むべきものとしては、余りにも粗雑であった。

その修正も、私が後掲注44) のように前掲注10) のハイローヤーの記事を法務省側に手渡した直後の平成26年5月になって、法務省のホームページの平成25年の「採点実感等に関する意見」のところに、「※民事系科目第3問23頁4行目から12行目にかけての「G」という部分については、以前、「F」と記載されたものがホームページ上に掲載されておりましたが、これは誤記であったため、「G」と修正致しました。」という揭示がなされるに至ったものである。その後、「採点実感」として修正されたものだけが掲載され、修正した旨の揭示は削除されている。

（5）法科大学院教育の役割についての展望

本稿では、平成25年の司法試験の民事訴訟法の設問3と設問4とを取り上げた。本稿での検討により、これらの出題については、受験生の信頼を裏切るような曖昧な問題文となっていたこと、法律論としては、要件事実論を誤ったこと、再審事由の解釈適用を誤ったこと、それらとの裏腹のこととして、採点にも恣意性があったこと、などが指摘できたように思う。

法曹養成過程は、大きく分けて、法科大学院教育、司法試験、司法修習から成るところ、司法試験が平成25年の問題のようであると、司法試験自体が、法科大学院教育を歪めるとともに、司法修習を受けさせるに値する者を選抜する機能を失うことになりかねない。本稿で取り上げた問題は例であって、私が検討したところでは、民事訴訟法の問題については、誤りがあったり適切でなかったりするものが多々見られてきたように思う³⁹⁾。これは、民事訴訟法を専門としつつ法学教授法を検討したいと考える私からは、見過ごせない事態である。

現状に対してどう対処するかについては、いろいろな考え方がありうると思われるが、より広い視野からは、法科大学院教育と司法試験受験との関係の捉え方に大きく分けて3つの方向がありうることを考慮に入れる必要があると思われる。

1つの方向としては、法科大学院は、司法試験予備校ではなく、そこでもっと高次元の指導する必要があるなどとして、司法試験の受験指導を

39) 前掲注10)に挙げた著書は、私が、良い法曹養成をしたいと思って、平成18年から平成25年までではあるが司法試験の民事訴訟法の問題を検討して、受験生のための教材としたものである。

平成26年から29年までの司法試験の民事訴訟法の問題についても、私は、司法試験科目全体の単年度版の共著として（民事訴訟法は私のみ）解説を公表しており、それぞれ、平成26年司法試験 論文 解説&合格エッセンス（2014年）140頁以下、平成27年司法試験論文合格エッセンス本（2015年）252頁以下、平成28年司法試験 論文試験解説 合格エッセンス本（2016年）237頁以下に掲載されている。なお、それ以降の分についても、検討を行い、適宜、立命館大学大学院法務研究科のエクステンションセンターにおいて、法科大学院生および卒業生に対して解説をするなどしている。

低俗なものであるとして排斥する、あるいはそれとの距離を置く、というものが考えられる。この方向では、法科大学院を司法試験からいわば切り離されたものと考えるから、司法試験の出題に誤りがあったり不適切なものがあっても、法科大学院における指導とは関わりがないことになる。

なお、法科大学院制度創設当時からしばらくの間は、文科省が法科大学院において司法試験の受験指導を禁止する態度をとり続けていた。ただ、その後、司法試験を受験した者で実力不足の者が予想以上に多いことが判明するなど、実務家養成としての教育の成果が上がらないことが明らかとなり、文科省は事実上この政策を変えることになった⁴⁰⁾。

2つ目の方向は、上とは反対に、むしろ法科大学院は司法試験の予備校となるべきである、というものである。すなわち、これは、法科大学院制度創設以前の法学部では、研究優先で、残念ながら教育は副次的なもの、重要でないものと考えられてきたため、まして司法試験の受験指導は事実上無理であったが、これに対して、法曹養成機関としての法科大学院制度が創設された後は、法科大学院の卒業生は司法試験受験を予定しており、司法試験に合格しないと法曹になれないのであるから、法科大学院は、むしろ司法試験予備校を見習ってできるだけ司法試験の受験指導に専念すべき

40) 文科省の態度は、「法科大学院教育における受験指導等に関する文部科学省から各法科大学院に対する指導について」(<http://www.moj.go.jp/content/000104493.pdf>) (後掲注42)の法曹養成制度検討会議の開催期間に資料として提出された)により、以下の内容のものとなった。

- ・司法試験での解答の作成方法に傾斜した技術的教育や理解を伴わない機械的な暗記をさせる教育などは不適当であること。
- ・一方で、司法試験の問題やそれに類する形式の事案が教材の一つとして使われることをもって直ちに、受験指導に偏った指導であるということは適当でないこと。
- ・個々の指導が本来あるべき法科大学院教育として適当であるか否かは、その目的と形式及び態様との組み合わせにより総合的に判断されるべきものであること。

ここでは、司法試験の受験指導に対する嫌悪感がお感じられ、いわば玉虫色の表現になっているが、一般には、この通知から、法科大学院における受験指導は事実上解禁になったものと理解されている。

である、という立場である。この立場は、文科省がかつては前述の方針を採っていたため、いわば建前に隠れた本音として陰で囁かれるのが一般であったようである。この立場では、司法試験の問題は所与のものとして考えられ、その間違いや適否はそもそも論じるべきではなく、法科大学院生に対して司法試験の過去問をもとに指導するときも、各年の司法試験についての「採点実感」や「出題趣旨」の内容を疑うことなくそれらに従って行うべきである、ということになろう⁴¹⁾。

私は、当然ながら第3の方向を考えるべきであると思う。一方では、法科大学院では、実務家養成をトータルとして行うべきであり、司法試験の受験のことだけ教えればよいとは思われないうとともに、他方では、司法試験が実務家になるための準備段階である司法修習を受けさせるかどうかの基準となるものであることが予定されており、また、司法試験に合格しなければ実務家になれない以上、法科大学院生に司法試験に合格する力を付けさせなければ実務家を養成したことにはならないから、その意味で、法科大学院で司法試験の受験のことも教えるのは当然のことであると思う⁴²⁾。「もし予備校の教育方法に工夫があると認められれば、それについてもある意味で批判的にかつ謙虚に参考にすることはあってよい」⁴³⁾であろう。ただし、司法試験予備校とは異なり、前述のように、司法試験の問題を所与のものとするべきではなく⁴⁴⁾、法科大学院生に対して、司法試験の問題の誤

41) 私は、法科大学院生や法科大学院卒業後の司法試験受験生の中に、「奴隸答案」を書く心構えが必要だと考えている者がいると聞いたことがあったので、受験新報2015年10月号の巻頭言に、「『奴隸答案』の心がけは賢いか」と題するコメントを書いたことがある。「奴隸答案」の心がけとは、出題者の言葉に何の疑問も持たずに100%従った答案を書く姿勢をいい、司法試験の合格には必要な心がけであるとのことであるが、法律家を志す司法試験受験生がそのような心構えを持つこと自体疑問が大きしい、法科大学院の教員としても、法科大学院生がそのような心構えを持つべきであることを前提に指導すべきではない。

42) 拙著・緊急提言 法曹養成制度の問題点と解決策——私の意見（2013年）43頁。なお、同書は、2012年から翌年にかけて月1回か2回開催された国の法曹養成制度検討会議の第12回までの検討委員としての私の発言をもとに、補足して作成したものである。

43) 拙著・前掲注42) 44頁。

44) 實際上、各年の「出題趣旨」や「採点実感」に疑いを持たずにそれらに従って学習を

りも含めて立体的に指導し、その上で司法試験に合理的に対処する指導をすべきであろう⁴⁵⁾。さらに、長期的な展望のもとにたえず批判の視点を持った上で、将来の健全な法曹を養成する必要がある、場合によっては、国や社会に対して種々の提言をすべきであろう⁴⁶⁾。私は、これが、法科大学院教育と司法試験受験とのあるべき方向であると考えている。

3 おわりに

本稿は、平成25年の司法試験民事系第3問のうちの設問3と4について、司法試験の出題としての問題点を、内容面である民事訴訟法と形式面であ

ゝすると、かえって司法試験合格から遠くなるであろう。それは、確かに、出題者が、基礎知識が必要であるとか、事案に関係のない一般論を書くべきでないとしている点などは、それらに従うことに合理性があるが、他方で、出題者が、誤った要求や過度な要求をしている場合には、それに合わせた学習をすると、バランスのとれた基礎力が身に付かなくなってしまうことがあるからである（前掲注41）の巻頭言を参照）。

ただ、法科大学院生に司法試験の出題が誤っていると説明した場合にも、法科大学院生は、＜司法試験の出題と採点が出題者の説くようなものであればそれに合わせないと合格できない。出題と採点に問題があるのであれば、法務省に伝えて改善してもらってほしい＞と思うであろう。

そのような考慮から、私は、法務省の職員に、司法試験の出題、採点について本稿で指摘したような疑問を伝えたことがある。すなわち、2014年4月24日の当時の民主党法務部門会議において、私が参考人として呼ばれた際、同席していた法務省官房司法法制部司法法制課長に、本稿のもとになった前掲注10)のハイローヤーの記事を手渡した。

そのためであろうと思われるが、その直後に、前掲注38)で触れたように、私の指摘した誤記についての訂正が、法務省のホームページ上に掲示された。しかし、残念ながらそのような字句の訂正にとどまっており、内容的な誤りがあったとの指摘については、現在まで無視されたままである。「国の行政が行うことに誤りはない」という無謬性神話に囚われていては、かえって法務省や司法試験の権威や信頼を損ねていくことになるだろう。

- 45) 技術的な答案指導の話ではあるが、一例を挙げておく。例えば、出題が二義の意味に取れるような曖昧な場合には、場合分けしてメインと思われる意味に対する解答のほか、他方の意味に対する解答も書き、簡単に場合分けした理由も添える、という助言をすることが考えられる。このような助言は、受験技術であるとして文科省は今も嫌悪感を持っているかもしれないが、書面主義の司法試験において出題に曖昧さなどの瑕疵がある場合に、それに対する受験生側の対処としては合理性があろう。

- 46) 拙著・前掲注2) 371頁注(73)。本稿もその提言の1つのつもりでいる。

る法学教授法の評価論との観点から具体的に種々指摘した上で、併せて、法科大学院教育と司法試験受験との関係も展望したものである。司法試験の問題自体が誤っていたり不適切であったり、あるいは、出題者が公表する出題趣旨や採点実感から窺われる正解の方向が誤っていたり不適切であったりすると、司法試験受験生の学習方向を誤らせ、法科大学院でも適切な指導が困難になるおそれがある。このことは、改めて強調しておきたい。

私は、民事訴訟法の研究や民事実務に携わりながらも、法曹養成はどうあるべきか、法科大学院における教育はどうあるべきか、法科大学院の教員は予備校の講師とどのように異なるべきかなどについて、試行錯誤を繰り返しながら、思索を続けてきたつもりである。これから考えていきたい。

本稿が、より良き法曹養成のヒントの1つになれば幸いと考える。