

## 講演会

# 法科大学院における民法・ 民事訴訟法教育のあり方

【日時】 平成18年3月4日（土） PM1:00～5:00

【場所】 創価大学本部棟14階 国際会議場

【主催】 創価大学法科大学院  
法科大学院要件事実教育研究所

【後援】 財団法人日弁連法務研究財団

### 【次第】

- 1 開会の挨拶 桐ヶ谷 章 創価大学法科大学院研究科長
- 2 説明 「講師紹介及び講演会を始めるに当たって」  
伊藤 滋夫 創価大学法科大学院教授  
法科大学院要件事実教育研究所長
- 3 講演 「法科大学院における民法教育のあり方」  
星野 英一 日本学士院会員・東京大学名誉教授
- 4 休憩
- 5 講演 「法科大学院における民事訴訟法教育のあり方」  
伊藤 眞 東京大学教授
- 6 休憩
- 7 質疑応答
- 8 閉会の挨拶 花見 常幸 創価大学法学部長  
進行司会 黒木 松男 創価大学法科大学院研究科長補佐  
総合司会 伊藤 滋夫

**黒木松男（創価）**；本日の進行司会を務めさせていただきます創価大学法科大学院研究科長補佐黒木松男でございます。どうぞ宜しくお願い申し上げます。何点か注意事項を申し上げます。講演中は携帯電話の電源をお切りくださいますようお願い申し上げます。また、大学関係者が写真の撮影をいたしますので、ご了承ください。お二人の先生方の講演が全て終わりましたら、15分間の休憩時間中に質問用紙を回収いたします。質問がある方は、質問用紙にご記入の上、質問の整理の都合もございまして、なるべく速やかに会場の係の者にお渡しください。

それでは只今より、講演会「法科大学院における民法・民事訴訟法教育のあり方」を開会いたします。はじめに創価大学副学長、法科大学院研究科長の桐ヶ谷章より開会の挨拶がございます。よろしくお祈いします。

**桐ヶ谷章（創価）**；只今ご紹介に預かりました桐ヶ谷でございます。本日はご講演いただくお二人の先生と、ご参加の皆様が、創価大学のキャンパスに好天と春を運んできてくださいました。久しぶりの好天に恵まれた本日、このように多数の皆様のご参加をいただきまして、法科大学院における民法・民事訴訟法教育のあり方についての講演会を開催できますことは大変にうれしいことであり、本学にとって光栄なことであります。

とりわけこのような講演会の趣旨にご賛同頂き、講演をご快諾していただいた、星野英一先生、伊藤眞先生には衷心より厚く感謝申し上げます。本当にありがとうございます。両先生のご紹介は後ほど、法科大学院要件事実教育研究所長の伊藤滋夫教授からなさせていただきますが、両先生は皆様ご案内の通り、日本を代表する民事法の研究者でございます。そのような先生方がお二人そろって講演して下さるというだけでも極めて得難い機会だろうと思いますが、テーマとして、「法科大学院における民法・民事訴訟法教育のあり方」という観点から講演していただくということは、今後再び実現することが無いであろうと思えるくらい、得難い貴重なものであろうと考えております。これは本学のみならず全国の法科大学院の共

有財産となるものと確信するものでございます。

またこの講演会の意義に鑑み後援していただいている日弁連法務研究財団に対しても心から御礼を申し上げます。学長、理事長も出席して御礼かたがたご挨拶申し上げたいと希望しておりましたけれども、ちょうどこの3月6日に創価大学の北京事務所が開設されるためにその一連の行事のために中国に出張しております、ご挨拶ができません。くれぐれも皆様によるしくお伝え下さいということでございます。

ここで今回の講演に至るまでのいきさつについて簡単に報告させていただきます。文部科学省が2004年度に募集した法科大学院等専門職大学院形成支援プログラムの内の教育高度化推進プログラムに、創価大学法科大学院は、「法科大学院における要件事実教育の充実と発展」をテーマとするプロジェクトを申請し、採択されました。このプロジェクトは文字通り、法科大学院における要件事実教育の充実と発展を図ることを目的としたものであります。従来は専ら司法研修所で行われてきた要件事実教育が、今後は法科大学院に委ねられることになりましたけれども、法科大学院における要件事実教育は、司法研修所におけるそれと多くの点で重要な相違があり、従来と異なる特段の工夫をする必要があります。そこで法科大学院における要件事実教育のあり方を本格的に研究するプロジェクトが必要だと、このように考えて、申請をした次第であります。幸い本法科大学院には、この分野では、文字通り第一人者のお一人である伊藤滋夫教授がおられ、申請が採択されました。以来本格的に研究を進めているところであります。研究員に本学の民事法等の教員が就任し、また学外からも多くの特別客員研究員の先生方に就任していただいて、運営している次第でございます。

研究所では、この目的を達するために様々な事業を計画し、実施して参りました。その一例を挙げますと、海外における要件事実教育あるいはそれに類する教育の実状調査研究、また複数の法科大学院との研究会やシンポジウムの開催、模擬授業、共同授業の実施、創価大学法科大学院における要件事実教育の実状やその研究調査、これらの諸活動の結果の公表、と

というようなことです。予定していた活動はほぼ今まで実践して参りました。そしてその結果を所報、ニュースレター、ホームページ等に掲載し、全国法科大学院共通の財産にすべく公表して参りました。今回のこの講演会も、その一環として行われるものでございます。

法科大学院制度が走り始めて、はや2年経過しました。今年は初めての修了生を送り出す年でもあります。また新制度の司法試験も始まります。法科大学院教育の真価が問われる年ということができましよう。合格者数の問題等から、なにやら競争試験の体をなしてきた司法試験ではあります。これに浮き足立った小手先の勉強で対応するというのではなくて、法科大学院における骨太の教育のあり方を考えるのが、真の力ある法曹を育成することにつながるものであると確信しております。本日の講演会が、その絶好のよすがとなることを心から念願して、開会のご挨拶とさせていただきます。どうもありがとうございました。

**黒木松男（創価）**；それではこれから講演会に入らせていただきます。これより総合司会は、創価大学法科大学院教授、法科大学院要件事実教育研究所長の伊藤滋夫先生にお願いしたいと存じます。それでは伊藤先生よろしくお願いいたします。

**伊藤滋夫（創価）**；ご紹介いただきました、伊藤でございます。つたない進行係でございますので、幾多の未熟な点があろうかと思いますが、どうぞお許しをいただきたいと思ひます。今日は星野先生、伊藤先生、本当にご多忙のところをこの会にお出でいただきまして大変ありがとうございました。心から御礼を申し上げます。それからまた皆様には、全国各地から、あるいは遠く沖縄からも、これだけ多数の先生方、あるいは法曹関係者が、ご来集いただきまして、日々ご多忙のところ、心から感謝申し上げる次第でございます。

先ほど研究科長が申しましたように、この講演会は、文部科学省採択の

プロジェクトの一環でございます。日弁連の法務研究財団の後援も受けています。一つの大学の講演会に対して、法務研究財団がこのような後援をしていただくということは極めて異例のことであろうと存じます。それは、文部科学省のプロジェクトの一環であることもございますけれども、ひとえに、星野先生、伊藤先生というご高名なお二人の先生にお出でいただいて、全国の法科大学院のためにお話をいただくというところに日弁連法務研究財団がご着目いただいて、後援をご承諾いただいたものと思っております。先ほど研究科長も申しましたけれども、この機会を借りまして、日弁連法務研究財団に対しまして、心から厚く御礼を申し上げる次第でありでございます。

両先生につきましては、もうご紹介する必要は全くないご高名な方でいらっしゃるかもしれませんが、後ほど詳しく私から、若干のご紹介をさせていただきたいと思っております。この講演会の意味をもう少し付け加えさせていただきますと、先ほど研究科長が申しましたように、文部科学省のプロジェクトの一環でございますが、そのプロジェクトは3年計画でございます。平成16年、17年、18年度と、それぞれ年度というのが付くのでありますが、実際には平成16年度は9月から始まったので、実質2年半位ということではあります。全体として3カ年計画ということでございます。それで昨年のちょうどこの時期の3月には、シンポジウムをいたしました。年度としては初年度ということになります。平成16年度の3月ということでございますが、そこでは「要件事実教育のあり方 ― 法科大学院3年間の教育を通じて ―」というテーマでシンポジウムをいたしました。その結果は私どもの研究所の所報に登載をいたしまして、広く全国の法科大学院にご配付申し上げたところでありますので、先生方もご承知であろうかと思えます。法曹界の方にもお配りをいたしております。そこで次の来年度はどういうことをするのが良いかということをお考えたのでございますけれども、第2年度は、要件事実教育ということに限るのではなくて、もちろんそれを非常に重要なものとして、含むものでございますけれども、広く

法科大学院における民法教育のあり方、あるいは法科大学院における民事訴訟法教育のあり方ということで、要件事実論を含みながらより広い視野で、法科大学院における教育はどうあるべきかということを考えるのが相当ではないかというふうに考えました。そして、極めてご多忙であるということは重々分かっていたのですけれども、星野先生、伊藤先生に事情をお話ししてお願いをいたしましたところ、ご快諾をいただきまして、お世話役としてこんなに嬉しいことはございません。今日の研究会は先ほど研究科長も申しましたように、本当にご立派な民事法を代表される先生方お二人揃ってやっていただけるということで、皆様方にとりましても極めて有意義な講演会になるだろうと、心から期待し喜んでいる次第でございます。本当に全国各地からお出でいただきまして、大変ありがとうございます。

また後ほど、質疑応答の機会もございますので、ご講演をお聞きになっている間もお考えいただきまして、ご質問をしていただきたいと存じます。ただ時間の制約がありまして、質疑応答の時間もあまり長くはないということで、うまく進行できるかどうか、それは司会の腕の見せ所かもわかりません。もともと腕などありませんものですから、あまりうまくいかないと思うのですけれども、是非ご容赦を賜りたいと思っております。

それでは、以上に申し上げました、今日の会の趣旨のほかに、私の、もう一つの役割として、両先生をご紹介することがございます。何度も申し上げますように、ご紹介する必要は全くないのですけれども、一応お話をさせていただきたいと思えます。星野先生、伊藤先生の順序でご紹介をさせていただきます。

星野英一先生は、今更ご紹介をする必要など全くない民法学の大家・権威であられるわけでございますけれども、先生のご経歴、ご業績等について、あるいは若干ご参集の皆様ご存じないところもあるかもわかりませんので、少し私なりの感想等も付け加えさせていただきながらご紹介をさせていただきます。星野先生は、旧制の第一高等学校を経て、東京大学法学

部をご卒業になり、その後1987年に同大学の教授を定年でご退職になるまで東大の法学部の教授をお務めになりました、その後、千葉大学、放送大学等の教授を経られまして、1997年にご退職になられ、現在は日本学士院会員、かつ東京大学名誉教授であります。大学の教授というご経歴のほかに、もちろんいろいろなご公職のご経験がおありでございまして、法制審議会で申しますと、民法部会の会長、それから部会ではなくて、法制審議会そのものの委員ということもしておられます。そのほかに国際私法部会その他いろいろございしますが、若干省略をさせていただきます。私事にわたりまして大変恐縮ですけれども、私は星野先生には、東京大学と司法研修所の共同研究の際にはじめてお目にかかって、要件事実のことでいろいろとお教を賜りました。また法制審議会では、たまたまPL法の改正の財産法小委員会の委員長を星野先生がしておられまして、私はそのとき高等裁判所の代表でございまして、その際にも先生のご指導を受けたということで、いつもありがたく思っている次第でございまして。星野先生はさらに当然司法試験委員も何回もやっておられます。それから日本私法学会の理事長もお務めになり、金融法学会の理事長もお務めになり、実に多方面にわたってご活躍でありましたし、現在もそうであります。ご著書につきましては、先生方よくご存じの「借地借家法」、「民法概論」、「民法論集」、「民事判例研究」などがございまして。その他、例えば「民法のもう一つの学び方」というようなこれから勉強しようと思う人について、非常にいろいろな観点から、通常の教科書とはまた違った観点からのご教授となるような本であるとか、「心の小琴に」、「法学者のこころ」というような極めて優れたエッセイなどもお書きになっておられます。

このように、非常に多方面にわたって優れたご業績がおありで、このことだけを申し上げるのは非常におかしいのですけれども、私は星野先生のなさっておられるたくさんの重要なお仕事の中の一つとして、民法解釈学の方法論についての非常に優れたご業績と、たくさんのご論稿がおありであるということ、強調させていただきたいと思っております。非常に未熟な、

不十分なお紹介だったかと思えますけれども、とりあえず星野先生のご紹介をこれで終わらせていただきます。

次に伊藤眞先生についてご紹介をしたいと思います。伊藤眞先生も星野先生と同じように、皆様方よくよくご承知で、全くご紹介の必要がない、本当に民事訴訟法学会の極めて高名な権威で、大家であられるわけでご覧いただけますけれども、一応ご略歴等をご紹介させていただきます。1967年に東京大学法学部をご卒業後、名古屋大学の教授をなされ、その後一橋大学の教授を経て、1993年から東京大学大学院法学政治学研究科と法学部の教授をなさっております。そしてご著書にはまず「民事訴訟法」がありまして、これは本学でも現在使わせていただいております、私などが申し上げるのは大変僭越でございますけれども、大変感銘の深い、非常に奥の深い立派な本でございます。それから、「法律学への誘い」というご著書もございまして、この本の一部を私が担当している「実定法と基礎法Ⅰ」という授業で使わせていただいております。というのは、有責配偶者の離婚請求の問題について、相反する二つの判決があるのですが、それを伊藤先生がこの本の中で取り上げておられまして、どうしてこう違うのかという点についていろいろなコメントあるいは示唆を与えていただいております。大変にお導きいただく箇所だとしながら、私も授業をさせていただきました。それから極めて優れた破産法の体系書もお書きになっていらっしゃいます。そして伊藤眞先生も、大学教授というお仕事のほかにいろいろな公職をおやりになっていらっしゃるわけでご覧しまして、法制審議会の民事訴訟法部会の委員、あるいは倒産法部会の委員、司法試験の民事訴訟法の委員をおやりになりました。さらには民事訴訟法学会の理事長もなされたということでございます。それから我々ロースクールの関係者としては極めて関係の深い法科大学院協会の専務理事もなさっておりますということでございます。

私自身も先生の御著書、あるいは折に触れてお会いする機会に、伊藤先生から民事訴訟法についていろいろ有益なお教授をいただき、つたない私



の頭ながら一生懸命それを勉強しようと今までつとめてまいりました。それから私自身は、ほんのわずかですけれども要件事実の勉強をさせていただいております。事実認定のことも少しやっております。要件事実と事実認定というのは非常に関係が深いものでありますが、伊藤先生の数々のご業績の中で、私が少し勉強している点から、今後どうなっていくのだろうかかなと私なりにご説明いただきたいと思っているところがございます。それは先生方ご承知のように、判例通説は高度の蓋然性ということをもって、事実の証明ありというふうにしているわけでございますけれども、伊藤先生は、それに対して、相当程度の蓋然性ということで証明ありとしてよいのではないかと、それはさらに詳しくご説明しないといういろいろ語弊があることかもしれませんけれども、端的に言えば通説判例より低い程度の蓋然性でよいのではないかとということをご提唱になっておられます。そしてその伊藤先生の学説の影響力は極めて大きいものがありまして、現在その説は非常に有力なものとなりつつある、あるいはいつかは通説がひっくり返ってしまうのかもしれない。そんなふうに思ったりもしているところでございまして、それと立証責任の関係は非常に関連しております。

伊藤先生も以上のように、大変ご高名な民事訴訟法学の権威でいらっしゃいまして、いろいろなお仕事をなさっていらっしゃいます。

それではこれでほぼ定刻になりましたので、これで私のこの会の趣旨のご説明と、両先生のご紹介を終えまして、次いで星野先生から、「法科大学院における民法教育のあり方」ということで、お話を承りたく存じます。星野先生にはご着席のままお話をいただくということで講演の設営をいたしております。では先生どうぞよろしく願いいたします。

**星野英一（日本学士院会員・東京大学名誉教授）**；はじめにただいま伊藤滋夫先生からご懇篤なご紹介をいただきまして、恐縮しております。また今日は参加者名簿を拝見いたしますと、私が存じ上げている現職の裁判官の方、あるいは退職して法科大学院教授をしておられる元裁判官の方々、弁

護士の方々など、私の知っている方がたくさんいらっしゃいまして、私はこういうところではあがらない方なのですが、今日は若干あがりぎみでございます。準備不足ということもありますが、どうぞお許しいただきたいと思います。それでは着席して話させていただきます。

レジュメを用意いたしましたので、それに大体沿ってお話して参りたいと思います。前置きが長いのはよくないのですが、最小限言わざるを得ないことがございます。私は法科大学院に関しては、大学教授時代に全く検討したことがなく、その設置と共にやめた一年の修士課程の議論もまだなかった時代です。私がかかなりコミットしたのは、法学部そのものを5年にするという案で、私も3人の幹事の1人として資料を集め、問題点や議論の結果を整理したことです。もちろん元法学教員として関心がありましたので、全24号くらいで終わった『月刊司法改革』という雑誌を購入して、司法制度調査会の議論をフォローしていました。その後も法科大学院における教育には一切タッチはしておりませんし、授業を参観したこともありません。本来伊藤先生の要件事実論の授業くらいは参観してから、こういう話をすべきですが、しておりません。従ってそういう意味では無知ですが、逆に全くの第三者としての感想を述べさせていただくことができるかとは思っています。

法学教育に関する私自身の経験は幾つかあります。私は三つの大学を巡ったわけです。東京大学が約30年、それから千葉大学、放送大学それぞれ5年ずつです。法学教育の意味というか目的が違うところへ行っただけです。そういう意味では違った法学教育の経験をしていると思っております。本日はその経験に基づくことを若干脱線してお話しすることがあるかもしれませんが、その点はお許しいただきたいと思います。

## 問題

始めに「問題」として挙げましたのは、『ジュリスト』1239号に「新しい法科大学院をめぐる」という座談会が出ていますが、その中に道あゆみ

さんという弁護士さんが、鋭い発言をいくつかしておられて、その一つがこの発言です。「学生が卒業するときはどういった能力をどの程度身に付けている必要があるのかという辺りをもう少しはっきりさせるべき」ではないか、ということで、私なりに問題を推し進めると、法科大学院の目的ははっきりしているようで必ずしもそうでないことにあるようにも見えるのです。

この問題の検討のために、前提が二つあります。まず第一は「法科大学院」とは何かということ、第二は「民法」とは何かということです。民法とは何かがわからなければ、何を教えるのかが、わからないでしょう。私自身きちんとわかって教えていたのだろうか、という反省を今でも持っています。そこでこれらの前提を明らかにした上でそれを組み合わせるとどうなるかという問題です。但しこれは大変難しく、実は私自身十分な自信がないのですが、それは経験が全くないからです。

## I 前提の第一「法科大学院」

五つほど挙げました。

1)「法科大学院の目的」と2)「法科大学院における裁判実務的教育と基礎法学的教育」というのは、法科大学院の制度の枠に関する問題です。言うまでもなく、教育の自由とか、学問の自由はありますが法律の枠の他、文科省の「大学設置基準」という枠があり、その枠というものに従わざるを得ないのです。特に法科大学院の場合はそのようで、設置後の審査でも厳しい目が注がれているものですから、この制度の枠を検討しておく必要があるだろうということです。

3) 次の「日本の民事判決文における事実認定と条文を引用しないこと」、4)「法科大学院終了者の将来の職業との関係における法科大学院の教育」、5)「法律家・法学部に対する一部の有力な見方」は、社会に存在する法科大学院、もっと言えば法学部をめぐる幾つかの問題を、アットランダムに並べたものです。ここでは日本の社会と法科大学院といった一般論ではな

く、現在見聞きしたり、読んだりしたことからでてくる、私がかかなり気にしている問題について挙げたものです。

全体として申しますと、まず制度の面では、一面法科大学院は順風が吹いております。以前からこのような制度があったらいいという考え方が主張されてきました。私自身は法学部そのものを5年に延長したらいいと考えておまして、法曹養成に特化した大学院はともかく、学部段階からそのような教育をすることにはあまり賛成ではありませんでした。大学院でそれをやればいいという意見は当時から相当あり、私どもの法学部の中にもありましたが、私もそれ自体を否定するつもりはありませんでした。こういう形でそれが実ったということは大変な順風が吹いているといえます。しかし他方、あまりそれを喜んでしまいますと、逆風があちこちで吹いていることを見逃す危険があります。流れで申しますと、反流というか、渦みみたいなものが結構あるのです。うっかりすると、それに巻き込まれる恐れがあります。そう心配するに値する重要な問題が幾つかあるのではないかと。そこで最近気がついたことをここに並べたわけです。

## 1. 法科大学院の目的

制度の枠と教育内容・方法とそこでの裁判実務的教育と基礎法学的教育の問題です。なぜこういうものを挙げたかといいますと、法科大学院の目的や教育内容に関して、司法制度改革審議会意見書から、その後の大学設置基準に至るまでの間に、若干のズレがあるというか、やや違ったニュアンスが入り込んでいるという感じがしないではないからです。その点を調べてみましょう。一つは法科大学院に関する司法制度改革審議会意見書の該当部分です〈資料1〉。もう一つは、大学設置基準まではゆかないで、既にもう一つの法律である、「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」(平成14年法律第139号)です〈資料2〉。この二つの間に既に若干のズレがありはしないか、という問題提起をしたいと思えます。

例えば、この司法制度改革審議会意見書にある法科大学院の「(1) 目的、

理念」の「イ 教育理念」という箇所では、「法曹養成教育のあり方は、理論的教育と実務的教育を架橋するものとして」云々とあり、続いて以下の基本理念を実現するものでなければならないとして3つのものをあげています。私も経験がありますが、こういうものは多くの人の意見が入っていますので、必ずしも全面的にきちんと整合しているとはいえないのはやむをえないですが、一つ例を挙げます。最初のところに、例えば、「法曹に共通して必要とされる専門的資質・能力の習得と、かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性の涵養、向上を図る」と高らかに謳い上げてあります。しかし、その後の方には、「専門的な法知識を確実に習得」とか、創造的な思考力とか、法的分析能力、法的議論の能力が出てきます。さらに下の「ウ 制度設計の基本的考え方」の二つめにも、学部での法学教育との関係を明確にすることとあり、そのすぐ下にも、実務修習を法科大学院とは別に実施することを前提としつつ、司法試験及び司法修習との有機的な連携を図る、といわれています。これは大変大事なところです。

しかしその次の「(2) 法科大学院制度の要点」の「ア 設置形態」に書いてある箇所ですけれども、「法科大学院は、法曹養成に特化した実践的な教育を行う学校教育上の大学院とすべきである。」とあります。ここにも若干問題があります。法曹養成に「特化」ということと、先の目的、理念の部分の関係が重要ですが、この点が必ずしも明解になっていません。法律家というのは細かいことが気になって、この条文とこの条文の関係はどうかということをいつもやっているのですが、この意見書を見てもその辺をはっきりさせたくくなります。さらに少し飛んで「(2) 法科大学院制度の要点」の「エ 教育内容及び教育方法」という項目がありまして、「法科大学院では、法理論教育を中心としつつ」、ということをもた言っておりますが、その後に「実務教育の導入部分をも併せて実施することとし」とあり、例として要件事実や事実認定に関する基礎的部分が挙げられて実務教育の導入部分にされているわけです。それらを「導入部分」といえるかは

ややデリケートです。全体として若干微妙な感じがしないわけではありません。同じく「エ 教育内容及び教育方法」の中で、その少し後に、「(例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分)をも併せて実施する」とことと、「体系的な理論を基調として実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである。」こととは違った要請の両立を図るという大変難しいことが求められている感じです。具体的な点になりますと、どちらにより重点を置くべきかということで、意見が分かれてくる可能性があります。

さらに次の「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」(資料2)を見ていただきたいと思います。これは大変長い法律で、第1条にこの法律の目的が書いてあります。「法科大学院における教育と司法試験及び司法修習生の修習との有機的連携の確保に関する事項」云々を定めることにより、「高度の専門的な能力及び優れた資質を有する多数の法曹の養成を図り」とあります。この辺もやや問題で、高度の専門的な能力を有する法曹養成をはかるという「専門的な能力」の方に傾いてきたという感じもしないではない。もちろん、「図る」のは法科大学院でなくその後の教育を含めたものと考えることができなくはありません。それから第2条本文の5、6行目には、「多様かつ広範な国民の要請に応えることができる高度の専門的な法律知識、幅広い教養、国際的な素養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた多数の法曹が求められていることにかんがみ」とあり、国民の要請が書いてあるので、法科大学院がどこまでその目的での教育をするかを直接に述べたものではないともいえますが大きな要請が書いてあります。同条の1号の後半には、「少人数による密度の高い授業により、将来の法曹としての実務に必要な学識及びその応用能力(弁論能力を含む)」、「並びに法律に関する実務の基礎的素養を涵養するための理論的かつ実践的な教育」とあります。ここでは最後に「理論的かつ実践的な教育」となっております。結局、いろいろなことが書いてあるけれども、どれが重要なものが必ずしもはっきりしないところがあります。もちろんそうだからこそ、それぞれの法科大学院でいろいろな試みがなされ得るという意味ならば結

構なことでもあります。しかし、その枠が大きいような小さいような感じがします。立法・起案に関係した方の説明を伺いたいところです。

## 2. 様々の見地からの問題点

次に、レジュメ3、4、5に挙げましたのは、社会に存在する法科大学院あるいは法学部について少し気になることを幾つか並べました。

(1) 日本の民事判決文における事実認定と、条文を引用しないこと。

これは私の率直な印象でもあります。村上淳一教授の「転換期の法思考」という論文（『システムと自己観察』東京大学出版会、2000年所収）にもはっきり指摘されています。東京大学で、高名な元裁判官の賀集唱さんに来ていただいて伺ったお話のことが引用されています。私もその研究会に出席していました。私は、大学に入ったときから、法律的な議論というのは条文を大前提とし、事実を小前提とする三段論法の形をとると教わり、私自身もそう教えて来ました。しかし日本の判決は、必ずしもそうはなっていないようです。私の見るところでも、「隣人訴訟」判決、「いじめ事件」に関する判決なども、事実についての認定は非常に詳しく書いてありますが、何条を適用するかということは書いてありません。最高裁判決でも、子供のルールへの置き石事件判決（最判）には、民法709条を適用するのか、民法724条を適用するのか書いてありません。

裁判では法律が事実に適用され、それはフランスの判決のようになるはずですが、三段論法の形をとるドイツの判決もそうだとすることが村上教授の論文に詳しく書かれています。ドイツの法曹教育、あるいは法学部学生の教育はそのやり方を叩き込んでいるということです。東京大学の大学院で、ドイツ法を専攻し、その後ドイツに行って、弁護士資格を取った方がありますが、その人が書いたものに、要するに法律の条文に、包摂する方法ばかりを訓練しているといいます。日本の判決は事実をきちんと認定するために、要件事実を当事者のどちらかが主張すべきか、なにが抗弁かということを詳しく議論し、また司法研修所から現在の法科大学院までそ

れを教えているけれども、何条を適用するということが判決文に書いていないのです。

その理由は、両当事者に通常は弁護士がついていて、何条の問題かは誰にも分かっているから当たり前のこととして書かないということかもしれません。賀集さん自身もそうおっしゃったと記憶しています。事実認定をするところで、何条に関する事実を認定しているか、つまり要件事実を認定しているかということをも前提としているから、条文の指示ととその要件に当たる事実の認定は一括してされている、というようなお答えだったと思います。

私はフランスの判決を少し見ただけですが、フランスの判決は非常にはっきりしておりまして、まず民法何条はこのように定めている、あるいはそう解釈されている、またここにはこういう事実がある、従ってこう判決する、このようにはっきり書いてあるのです。フランスの判決というのは、実はちょっと木で鼻をくくったような判決です。本当にどちらがよいかといわれると、そのやり方はあまり良いとは思われませんが、三段論法の形ははっきりしています。

ちょっと横道に入りますが、日本の新様式の判決文は、問題点だけが出ているので、どういう事実関係があるのか、つまり訴訟になった紛争の全体像がわかりにくいのですね。従来のように事実認定に至る主張やそれをめぐる議論を詳しく書いていただいた方が、ご苦労だろうとは思いますが、判決だけを見る第三者としては、よくわかるのです。専門家は適用条文が書いてなくても大抵の場合はわかりますが、判決は当事者、つまり多くの場合は素人のためのものだと思いますので、条文を書いた方が良くはないかという気がしてなりません。その条文の解釈が分かれたりすると、それによって恐らく立証責任も違うと思うのですね。従って、そういうことをやはりある程度書いた方がいいといつも思います。これは書き方の今までのやり方を考え直すことで、かなり難しいとは思いますが、注意しておく必要があることだと思います。



先に一言した最高裁判決（昭和62年1月22日民集41巻1号17頁）です。中学生何人かが、線路の上に石を置いたという事案です。実際に石を置いたのは一人のようですが、他の連中も一緒になってやろうという話をしていたり、一人が実際に石を置くのを知っていたけれどもとめないで見ていたものです。共同不法行為にあたるのではないかと問題となる事案ですが、最高裁判所の判決には、709条によるのか719条によるのかは書いてありません。判文と調査官解説によれば、民法709条の問題とされています。友人を止めなかったことについての不作為の責任の問題でしょう。しかし、何条を適用したのかが示されることは必要だと思います。要件事実論の前に、判決の書き方の問題がありはしないかが気になるところです。

私自身は、父が弁護士だったので、相談を受けたり、準備書面や判決文を見たりしましたが、特に代理人として負けた場合のことは見ていると、判決は負けたほうが、納得はしないまでも、まあ仕方がないかというところまでいくようなものでないといけなと感じました。この点で、日本の判決は非常に丁寧に事実を認定して、だからこちらが負けてもしょうがないと思えるようなものが多いと感じています。そういう意味で、判決の書き方は日本的な書き方だと思っています。ただ、それとは別に先に述べたような、条文から出発した三段論法はやはり出したほうがよいと思います。(2) 先ほど桐ヶ谷研究科長がお話になったことですが、法科大学院の数が多くなって、司法試験に法科大学院卒業者の全員が入れなくなってしまったわけです。司法試験合格者を倍にすればよいのかもしれませんが、それはすぐには無理でしょう。そうなると半分くらいの学生は狭義の法曹以外の方面にいきます。そういう人たちをどうしたらいいのか。法科大学院の教育は無駄になるのか。

私はそうではないと思っています。日本私法学会のシンポジウムでも発言しましたが（「私法」68号30頁）そういうことも考えながら教育をすることが重要ではないか、と考えています。

法科大学院といっても、各大学院の趣旨は一律ではないのです。『法科大

学院ハンドブック2004年』(「法学教室」276号(平成15年9月1日)の別冊付録)に、その時に申請を出している法科大学院全部の設立の趣旨、教育目標から始まって、いろいろなことが書いてあります。いろいろな大学院があります。厳密な分類ではありませんが、例えば、一方ではビジネス法の重視とか、国際的視野の涵養をいっている大学院があり、他方では、地域に求められる法曹とか、ホームロイヤーということが言われています。実際私の教えた学生にも、M&Aなどをやるような大きな渉外事務所から、いわば町医者の弁護士もいる。別の観点からすると、企業側の顧問になることの多い人から、社会福祉・消費者保護などを盛んにやっている人もいる。法科大学院にも、個人に関わる法律分野とか、一般市民の生活感覚に敏感なロイヤーの養成をいっているものもある。将来の弁護士の養成といってもある程度どこかに特化しようとしていることがわかります。そういう意味で、大学院を選べるというメリットが出てきていると思います。

いずれにしても将来の職業を考えると深刻な問題になると思います。学生騒動が起こるかもしれない心配をしているところです。

### (3) 法律家・法学部に対する一部の有力な見方

これまであまりいわれていないことですが、私どもの間ではよく話していることです。有斐閣のPR法である『書齋の窓』に、東京大学の内田教授と大村教授のインタビューの中で内田君と私とが述べております。日本の社会で有力な一部の人、つまり政治、行政方面の有力な人の中には、法曹というのは法律を適用することさえすればよい、法律を作ることに關しては、立法の技術の部分だけを担当すればいい、という考え方が強く存在します。立法に際しては、その理念や、政策がまず重要ですが、それは政治家や行政官に任せるべきだ。法曹などというものは視野が狭いので、法技術だけやらせればいいという考え方です。この考え方は、私の見るところでは、かなり浸透しております。法務省の中でも判事、検事から来た人を別にすると、実務官庁の中にはかなり強いように見られます。政策とか、理念といった問題は、他の実務的な官庁、そもそも国会の問題で、法律家

は、決まった政策なり、理念の元に、それを実現する法律技術さえ持っていればいいという意見はよく出てきます。その考え方からすれば、法曹養成の教育は法律技術の教育でよい、ということになります。法学部もいないという人もあるほどです。アメリカ式に考えて、他の学部を出てくればいいとか、公共政策学部あたりを作り充実させるのがよい、というのです。

旧制の法学部出身の文部次官経験者で私にそのことをはっきりおっしゃった方もあります。その方は、法学部出の他省庁の官僚がなにかと法律を楯に理屈をこねて困った。どうもおかしい議論だけれども、議論は負ける。どうもおかしいといわれました。その考え方の具体的な現れかもしれませんが、戦前は東京、京都と2つしかなかった法学部が、戦後は9つに増えたあとは、ずっと増えなくて、さらに6つ増えて15あります。しかしそれ以上は絶対に増やしませんでした。あるとき言われたのは、国立大学の法学部はもういない、私立大学に任せればいいということです。

法制審議会の制度が違いまして、昔は民法部会、商法部会というスタンディングなものがあって、その中に小委員会が必要に応じて作られたのですが、スタンディングな民法部会、商法部会といったものがなくなってしまったのです。必要に応じて、かつての小委員会にあたる部会が作れる、例えば担保法部会といったもので法律の要綱案ができると廃止される、ということになりました。今お話した政治、行政の法曹の立法能力についての見方と関係があるのではないかと、憶測したいほどです。

しかし、果たしてそれでいいかというのが私の疑問です。法律家自身が、理念や政策を考える能力を持っていないからだと思います。長い間法制審議会で見えておりましたが、解釈論に強い人は、立法論にも強いのが通常です。つまり法学はそういうことを研究するものでなければならないし、法学教育もそのような学生を育てるものでなければならない。そうしないと法学教育は技術だけの教育でよいということになってしまうおそれがあると思います。この立法能力の問題は意外と気付かれていないけれど

も、大いに注意すべき点です。

繰り返しになりますが、法科大学院がいわゆる実務教育、実務といってもこの場合法曹実務に特化してしまうと、司法試験にほぼ全員が合格するとしても危険だということです。そこで養成された狭い視野の法曹が法律家などはそんなものだ、という考え方を実証して、悪循環になりかねないのです。

私が成年後見の改正の際に気がついたことですが、成年後見法の理念につき、かつての考え方から、新しい考え方への重点の移行やそれらがどうかということとは、むしろ学者が得意だ、少なくとも得意のはずだ、そこに学者の存在理由があると思いました。素人になると、自前の利害だけに捉われるおそれがあり、感情に左右されがちです。広い、かつ将来を見通した見識を持つことが法学者の存在理由でしょう。しかし、相対的に程度の差はあっても、しかしやはり法曹自体が、全体的な視野を持たなければならないと、考えます。

要するに法律家を養成するために法科大学院ができたなどと単純に喜んでいてかえって法曹の仕事を裁判その他に限界し、その社会的地位を長期的には落とすことにならないように注意すべきだということです。あるべき法曹像の問題で少なくとも理念や政策を考える事のできる立法能力に思いをいたす必要があります。

#### (4) 本人訴訟のすすめの問題

昨日、毎日新聞の論説を読んでいたところ、旭川の方が、国民健保の保険料の徴収方法を不服として提起した行政訴訟で、最高裁大法廷までいったものの、結局棄却されたものについて書かれています。執筆した論説委員は、本人訴訟が増えることを盛んに勧めています。簡裁は本人訴訟が多い — これは事実でしょう — し、地裁も半分くらいは本人訴訟になっている — この点はよくわかりませんが、とにかくデモクラシーの世の中だから本人訴訟が増えるのは結構だということです。それはつまり弁護士離れのすすめでもあります。

法律家ばかりではなく、どこでもあることで、医師、学者など、いわゆる専門家が、自分だけの特殊な言葉 — ジャーゴン (jargon) と呼ばます — を使う傾向があります。これはもちろん某政党などもかつてはそうでした。自分らの特殊性を示したいのですね。この論説には「結局裁判所が敷居が高いのは、裁判官や弁護士が、ことさら難解な言い回しや専門用語を使うため素人の参加が拒まれてきた面が否めない」と書いてあります。率直に言ってこの点は反論できません。これは法律家だけではないけれども、電話をかけることを架電と言うのですね。初めて聞いたときは、家庭電気とどう関係するのかと考えたほどです。普通の人はそのだけでも何だか嫌な気持ちができるのではないのでしょうか。

このデモクラシー社会における「専門家」の問題はよく考えるとかなり難しい事ですが、私は、専門家なしには社会はやっていけないから、日本ではもっと専門家を大切にすべきだ。しかし専門家が社会を支配することには賛成ではないのです。一方で日本はあまりにも専門家を尊重してこなかった社会だと思っています。特に頭を使う専門家を大事にしないのです。しかし、専門家がある領域に限られるにしてもそこで排他的に強力な発言権を持ち、強い地位を占めてはいけません。その辺の難しいバランスを採ることが大事だと思っています。

いろいろなことを申しましたが、こういった法科大学院に対する、逆風もあることを心得ておきませんか、足をすくわれるのではないかという心配があるので、あえて申し上げました。

## II 前提の第二「民法」

当たり前のことではないかと思われるかもしれませんが、実は民法とは何かということは意外と理解されていないということを申したいと思います。学者もちろんそうで、私自身本当にわかっているなどという自信はありません。

ここには三つの面からアプローチします。

## 1. 法律を構成する三要素

民法とは何かという問題を考える前提として、そもそも法律はどういう要素から成り立っているかについて考えてみたいと思います。ここには私の『民法のすすめ』(岩波新書)を引用しております。は別に私が言い出したことではなくて、我妻先生が昭和の初めに書かれた『私法学の方法に関する一考察』という名論集でいわれたことで『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣)のなかに納められています。

①目的・理念・思想　法律を作るときには、まず何のために立法するかという目的があるはずで、社会のここをこうしたい、あるいは法律のここがまずいからこうしたいということです。しかし、この際社会をどう持って行くのか、こういう紛争をどう解決するのか、どのように法律を改めるか、についての理念というものはどうしても必要なわけです。例えば先ほどの成年後見にしても同じでありまして、一体誰を保護するのか、誰をどうするための立法であるのかということです。つまり、目的、理念、その背後の思想といったものがなければならないのです。この点についての検討が率直に言って日本では従来弱かったように思います。

②社会の実情　第一のところでは示唆されているように、現在の法律はこうになっているが、これまでは社会においてうまくいかないというときに、すでに社会の要請が入っているわけです。そして、どういう立法、法改正をするのが日本の社会にとってよいか、どういう立法をするとどうまずい結果になるのではないかとといったこと、つまり立法の社会における実際の機能を考えるのです。そもそも、現行の法律を理解するために、どのような社会的要請によってこのようになっているのか、それは社会で実際どういう作用を営んでいるかを研究します。我妻先生の授業では、法律においてその構造だけではなくて、社会的機能——ソーシャルファンクションと言われました——が大事だと言われました。これは昭和20年のまだ戦争が終わる直前で、戦争が終わってからも同じことを繰り返し言われたのです。私も全く同じに考えています。法律とは社会関係、人間関係を規律

するものですから、その社会的機能なしには考えられないもので、単なる論理操作だけで扱えるものではないことは当然です。

これもついでに一言すると、判例研究においても、判例の理論構成もさりながら、まずそのような事件が裁判に出てくる社会的背景、判例の実際の社会に及ぼす影響などを考える必要があると思います。

③言葉による技術 当然のことで、法律は言葉を使って社会をコントロールする技術であるということです。社会を規律する規範で、歴史的にもローマ法以来蓄積された技術があります。法律用語を使い、法律的な理論を使います。また、新立法においても、法律全体の整合性があるようにすることも考えなければなりません。先程お話したように、法律専門家の独りよがりになってはいけませんが、技術の一つとして、どうしてもテクニカルタームがないわけにはいきません。パソコンの事を考えればわかるでしょう。そのへんのバランスが難しいのです。

## 2. 民法の内容の種々の面

第二のアプローチとして、民法はどういうものを含んでいるかを考えてみます。一つの面は簡単に申します。私が学生の頃に法律は行為規範か、裁判規範かという議論がありました。裁判規範説が多かったようです。しかし、私は、行為規範という面も強いのではないかと考えています。

次に、それを分けると4つの面があると考えています。規定にも違った面を持つことがあります。これは、ある規定がどれかに分類されるということではなく — そういう場合もありますが — 一つの規定にも色々の面があります。

①「日常生活の規範」 民法のこの面はよく言われることで、それ自体は正しいでしょう。物を買ったり売ったりするとか、物を貸し借りするということについては、みな日常生活の規範としての民法が規律していることです。そういう面から民法に近づくことが、普通の人には多いでしょう。

②「基本的法律技術」 もう一つわかりやすいのは、民法のこの面でしょ

う。民法の技術はローマ法に端を発して、フランスの17世紀、18世紀の法学を経て練られ、ドイツで、パンデクテン法学、19世紀の法学を経て精微に作り上げられた概念や制度が含まれております。その限りで、特殊な技術の体系です。しかもローマ法では公法はあまり法律としてこのように精密に考えられていなかったものですから、結局公法私法通ずる一般原則が民法の中にたくさん入っていることになりました。他の法律全般に通ずる法律技術がたくさんあります。法人、法律行為、時効を考えればわかるでしょう。

③ しかし私は、これまであまり言われていなかったけれども、その次のことを強調したいと思っております。要するに社会の基本的なあり方の定めということです。従って、それらの規定は行為規範というより、さらに、社会の構成規範、組織規範の意味を持ちます。ですから民法は憲法と並んで非常に大事で、憲法は国家の組織を定め、民法は社会の組織を定めると考えたらいい、というのが私の考えです。これはフランスの有力な学者が言っていることで、それを若干モディファイしています。コンスティテューション (constitution) というと我々はすぐに憲法と考えてしまうのですが、元々は、ある組織の基本的な原則、あり方といった意味です。例えば1944年に出されたカトリック教会の基本的な組織原理について書かれた文書はコンスティテューション・オブ・ザ・チャーチと題されています。フランスの最も優秀な学者の数人が、憲法は国家のコンスティテューションであり、民法はフランス社会のコンスティテューションである、と書いています。

その内容をさらに分類すると、まず市場経済の基本法ということです。これは日本ではマルクシズム学者や川島先生以来言われていたことで、言ってしまうと当たり前のことです。最近のわかりやすい例を挙げると、現在法整備支援ということで、ベトナムとかカンボジア等の、社会主義の中に市場経済を取り入れたり、社会主義をやめて市場経済にする国において、民法、商法、民事訴訟法の編纂事業を精力的に進めています。要するに市



場経済の運営には、基礎としてこの三つの法律が必要であることを示しています。もちろんその周りに特許法などの知的財産法、競争法などが必要ですが、この三つが基礎になる。これらの法律が市場経済の基本法であることが、立証されているとあってよいでしょう。

④「市民社会の基本法」 民法のこの面における意味を私は特に強調したいと思っています。社会が市場経済体制の他に、営利企業でも国家でもできないような、またやろうとしてない、多くの問題領域があります。その領域における活動の担い手は、NPO、NGOで代表されるような、市民の自発的な組織です。そこにはNPO法や公益法人法制がありますが、それらの基本法が民法です。つまり自由な意思で集まって団体を作り活動することは、民法が規律していることです。それはまさに今後において、市場経済や国家とある意味では対抗し、ある意味では協力していきます。国家、市場経済、市民社会の3つの緊張と協力の関係が今後の全社会の構造といえるでしょう。以上の意味で、民法は単に紛争解決のための規範ではないということを考える必要があります。

### 3. 民法学とは何をするものか

これについて結論だけを申し上げますと、先の第1のアプローチについてお話したことを全部するのが民法学です。つまり民法適用の概念的技術だけをやるのではないということです。我妻先生がごく初期に書かれた方法論の論文があります。法律の理想や社会的な機能と法律の技術の3つを研究することとされています。これを私は別の視点から3つに分けて説明しています。

(i) まず、ある法律制度・規定が「なにか (what)」を探求することです。自分のした例についてお話しますと、法人の研究において、一体法人とはなにか、より具体的にいうと、法人になることによってそれ以前とどこが違ってくるのか、という最も基本的なところをはっきりさせなくてはいけないと考えて、やってみました。もちろん現実の法人は、公益法人、

営利法人など、違いがあります。しかし、法人であることの意味をまづきちんと押さえないければならないということです。日本ではかつて、団体を法人とすべきだという議論が強かったのですが、どうして団体を法人にするのが望ましいかということ、つまり法人とは何かということをおさえておかなければ、議論の基礎がないのです。

(ii) 法律制度・規定が、「なんのためか (why)」も、それらを正しく理解するために必要です。例えば時効とはなんのための制度かという問題です。それは債務者が債務を踏み倒すための制度なのか、人の土地を勝手に使っている人が所有権を取得するための制度なのか、ということです。かつての — 時には現在の — 教科書にも書いてあった3つの理由は説得的なのか。さらに裁判所にとっての便宜のための制度か、つまり何十年も前の証拠を探し出して議論するのでは時間も労力も大変かかるから、それを避けたいということか、などです。ポワソナードが時効は不道德な制度ではないかという疑問を出しています。私も同様の疑問を持っていました。ポワソナードの起草した旧民法の時効法は、大変興味深いものがあります。

先日、今年は「日本におけるドイツ年」で、日本大学が協定のあるベルリン自由大学と共催した法学のシンポジウム「法律学的対話における日本とドイツ」に両国の消滅時効法を扱ったものがありました。ドイツでは、民法典中債務法編の最近の改正に際して時効法を大きく変更しました。期間は原則3年にしたのですが、他方でいわゆる時効の起算点を債権者が請求権の根拠となる状況と債務者が誰かを知り、又は重過失によって知らなかった年の終了としています。日本民法の時効について私が考えていることがたまたま採用されています。また、中断を債務者の承諾と強制執行の場合を除いてやめて、停止だけにしました。停止事由の重要なものとして当事者間の交渉が加えられました。これも私が述べていたことです。要するに、時効は両当事者のバランスを図る制度であるとししました。最終的には誰の現実の利益なのかという質問をしたところ、回答として、公共の利益とされ、より具体的には、裁判所つまり国家の費用の増加を防ぐことで、

結局国民全般の、税金が増えないようにすることだとされました。ホイプライン (Häublein) という者に質問した答で、やっと長年の疑問に一応けりがついたと思いました。裁判所の便宜という目的が考えられますが、それはどうかと思っていたところ、ようやくはっきりした感があります。

これは、民訴であれば、新堂幸司教授が、「民事訴訟法は誰のためにあるか」という論文を書きましたが、そういう根本的な問題提起が常になされるべきだと思います。

(iii) 「どうしてそのようになったか (how)」 一つ条文をみても、直接には法典調査会で非常に重要な議論の結果決まっています。現在の我々が議論していないような大事な点に着眼された議論があります。ですから、最近では、学者の論文は、法典調査会から始まります。しかし、民法は、ボワソナードが起草し日本人委員が検討してできたいわゆる「旧民法」の修正ですが旧民法、ボワソナードによる草案の解説、そしてそれはフランス法に由来するものが多いからフランス民法、法典調査会でドイツ方式に修正された規定についてはドイツ法、さらに場合によってはそれらのもとであるローマ法やゲルマン法、教会法に則って調べます。以前はそういう系譜を考えないで、フランス法やドイツ法、英米法を取り上げて比較したりしていたのですが、日本の民法典の本来の姿はどうだったのかを捉える必要があると考えられています。さて、その後本来の考え方とは違った解釈がされたり、社会や人々の考え方が変わってきて、判例が解釈を変えてきたり、学説も変わってくるということが多くあります。それはもちろんきちんとおさえますが、まずきちんとして、民法典における本来の意味をつかみ、それがどのようにして省略に至ったか、さらに今日のように解されているか、をつかんでおく必要があります。

4. ここでもう一つ、別の面から「民法」とは民法典に書かれたものかということを一言お話したいと思います。まず、民法典があります。しかしその意味をはっきりさせるために、その条文の解釈が問題となりますが、

解釈について判例があり、判例をめぐり、あるいは直接条文をめぐって、学者が議論して解釈論を出します。つまり法典と、判例（裁判所）と、学説（学者）の、三者が協力して作り上げた条文の理解のかたまりが、我々が「民法」と呼んでいるものを構成していると考えております。我々が民法と呼んでいるものは、条文を出発点としつつ、裁判官の仕事である判例とによって内容を明らかにされたものです。しかしその裁判官は法学教育を受けているので、その「民法」と考えている中にはもともと学説がはいりこんでいます。しかし学者も判例を受け止めて、そのもともと考えるところを学説に取り入れ、時に批判をして判例の将来に期待する。判例もまた学説を考慮しつつ、新しい判例を作ってゆく。こういった相互の意識的・無意識的な協力によって、現に存在する民法の体系が作られているというように考えております。

### Ⅲ 法科大学院の民法の授業

1. 要するに今お話した二つの前提を組み合わせて考えたらよいだろう。そうしたらどうなるかを考えてみようということです。ただ、前者については必ずしも明解でないこと、後者についても、意見が異なるかもしれない、という点で、簡単には言い切れないのです。

2. 「法学教育におけるコースに応じた教育の目的」前から言われていたことですが、特に最近大村教授が岩波講座『現代の法』に掲載されている、「現代日本の法学教育 — 法学部における教育を中心として —」、『法典・教育・法律学』（有斐閣、1999年所収）〈資料3〉が一つの明解な考え方を出しています。要するに相手により法学教育に重点の違いがあるべきだといっています。まず、相手方として市民・素人を念頭に置くか、知識人・専門家を念頭に置くか、法の理解＝法の文化としての側面を重視するか、法の使用・法の技術としての側面を重視するかを軸に4つの理念型を設定しました。そして、I＝規範としての法への「共感」、II＝現象としての法

の「理解」、Ⅲ＝技能としての法への「参加」、Ⅳ＝知識としての法の「実用」、この四つです。法学部の実定法中心のコース（A型）では、Ⅰを出発点としⅣを中心とした「一般教育」、司法研修所における法学教育（B型）はⅢを中心とした「技術教育」であるとし、それぞれの目標を掲げています。

もう一つ、私は、『法学入門』（放送大学教育振興会、1995）に、人の法律に対する見方になお、内的視点と、外的視点とがあると思いました。これはアメリカやフランスの学者の考え方を少しモディファイしたものです。内的視点というのは、自分が法律の中において法律の維持に自発的に協力し自分や他人の行動をルールから見る立場で、狭義の法律家（法曹）の立場です。外的視点というのは、法律を外から見ている観察者の立場で、一般人、素人の立場ということになります。

この分類をもとにして、法律の最も外的視点に立つものから、最も内的視点に立つものまで並べてみました。最も内的視点に立つのは、⑨公証人・司法書士等、決まった事柄について、法律技術的にきちんとするものです。もちろん僅かであっても裁量のできる場合もあるでしょう。法律に従ってといってもその法律の解釈もあります。反対に最も外的視点に立つのが、①社会科学的あるいは哲学的な研究をする法学者です。その間に内的視点に立つほうからは、検察官、法律解釈を主にする法学者、行政官、裁判官、弁護士、企業法務家、立法者、と並べてみました。もっとも、この並べ方には問題がありうるでしょう。例えば、裁判官を比較的外的視点に近い所に置いているのは、異論もあろうかと思えます。弁護士は外的視点が比較的強く、素人と法律家とをつなぐ存在としました。よいでしょう。素人の考えを裁判に活かすというのが一つの体分。検察官は、法律への拘束が強い。刑法を見ればわかるとおり、罪刑法定主義という大原則があります。弁護士、裁判官の位置付けがなかなか難しいところです。この辺は異論がありうると思います。要するに弁護士、裁判官、検察官の立場は少しずつ違うということです。それらの人を一緒に教育するのは非常に良いことだ

と思っています。他方、法学部でも、法科大学院でも、将来に希望に応じた教育の違いがあってよい、ということになります。

### 3. 一応の結論

(1) 結論 以上を組み合わせると法科大学院の教育は、法学部の実定法中心のコースと司法研修所における法学教育の中間であるという、当たり前の結論になりそうです。つまり、もとの調査会の結論の部分に近いところに「架橋」という言葉がありますが、そのことです。大村教授の図2-2の右の方に大きな四角があって、A型とありますが、これが法学部、左下にD型とあるのが司法研修所です。ついでに、左上にB型とあるのは、今のところそういう大学はないと思いますが、法社会学や法哲学などを専ら教えるところ、右上のC型は経済学部とか他の学部です。ここでA型と、D型の間が空いていますが、そこを繋げるのが法科大学院ということでしょうか。そうすると、A型、D型のどちらがのびてゆくべきかが問題ということになります。しかしもう一つ、もっと難しいのは、法科大学院の未修の学生への教育、つまりC型とD型の繋ぎです。この図では、C型にはかなりA型に含まれている部分がありますが、法学の講義のない他学部も多いと考えられるので、そのへんをどうするのか。理想を言えば、法学教育をする全ての教員の連絡が本当は望ましいのですが。なお、私の分類と大村教授の分類をつきあわせて、それと法科大学院の教育を考えてみたいと思いましたが、まだやっておりません。

ここでそもそも法学部で何を教えるべきかが問題です。その方面の有力者に法科大学院ができれば法学部は要らないというような状況のもとでは、法学部の意味を改めて明らかにしておく必要があります。そして一つには法学部と法科大学院の関係をきちんと整理すること、もう一つ、他の学部を出てきた人、いわゆる未修者の第1年目にどういう教育をするかが大事です。法学部の大事なことと、他の学部を出てきた人の教育をどうするかが非常に大事な問題です。現在「法教育」といって、高等学科以下の生徒

に対する教育が強調されていますが、さらに「公民」との関係も含め、包括的な検討が望まれます。

(2) 民法の教育の内容として、伊藤さんとご一緒にした『基礎法学と実定法学の協働』の中で、座談会をしておりますが、そこで伊藤さんと私を含め皆が言っているように、基礎法学は大切です。もっとも、基礎法学固有の学問、法社会学とか法史学の講義があればいいのかは問題です。基礎法学そのものの授業をどこに置くのか、ということもありますが、むしろ民法なら民法、その他各実定法の中でこの規定はどうしてできたのか、現在の社会でどういう意味を持っているのか、将来どうあるべきかという立法論などを入れるのが良いのではないかと今のところを考えております。特に、法科大学院ではかなり技術教育を重視する面があるので、この点が大切です。

もちろん科目によって違うでしょう。— 憲法は極端に言えば思想史と政治史みたいなものですが—、民法などのように技術学の面が大きく、しかもそれが強調されてきた分野については、それだけではないことを強調する必要があると考えています。自分のものですが放送大学の教材は、そのために役立つと考えています。

4. 要件事実論 私はそれを高く買っている者です。昨年の日本私法学会のシンポジウムで（「要件事実論と民法学との対話」「私法」68号）この問題をやりましたときに発言したとおりです。もともと、伊藤さんたちと恐らく日本で最初に研究会をやりました。私はその後十分にフォローできないので、あきらめました。極端に言えば、要件事実論は民法学と同じくらいのボリュームが必要なわけです。今度山本恵三教授の『民法講義Ⅳ－1 契約』（有斐閣、2005年）という要件事実を各所に書いた本が出ましたが、とても厚くなっています。学生には無理なほどです。

「問題の幾つか」として「どの学年でどのくらいの時間で、どの程度まで教えるか」を挙げました。山本教授の教科書に戻ります。同教授の解説書

の説明においては、学説をとともよくフォローしています。あれほどきちんと整理した教科書はないでしょう。特に最近の若い学者の教科書には、判例は非常に良く引用しているが注が全くないものがあり、やはり学問、そして学生の教育においては、判例はもちろん、学問でも、歴史的に皆が苦勞してこうなってきたということを書き、教えなければならないと思います。私どもの編纂した『民法講座』（有斐閣）は、その趣旨で作りました。現在の一つの解釈も、民法典編纂以来の、あるいはもっと前からの判例学説等の苦勞の産物です。そのことをわかってもらわなければならない。ただ現在こういう説とこう説があって自分はこちらを取るとか、せいぜいその根拠を簡単に述べて覚えさせるのではなく、民法典を出発点にしても — その民法典自体法的、社会的、学問的産物です — その後の判例学説の歩みを経て今日に至っている事を教えなければ、現在の解釈の意味さえ本当には分からないと思います。こうなっているということだけを教えるのは将来の法曹にとっても危険です。山本教授の本も、要件事実論の部分はそのすごい苦勞をしているけれども、他の部分に比べると一つの結論だけを書いているところがあります。もっといいますと、全ての学者には要件事実論の勉強はできないし、する必要もない。一人の学者が民法の全領域の研究・教育ができるわけでもないし、全ての方法を使えるわけでもありません。一方では皆が要件事実論に関心を持たなくてはならないと同時に、皆が進んだ研究や教育をする必要もないでしょう。法科大学院の教育の中でどの程度の位置を占めるかという点については、私はそんなに大きな位置を占めるべきではないと考えています。むしろ学問的に、実体法学者にある反省の機縁を与えた、その意味で実体法学と訴訟との架橋となったことが重要かと思います。

**伊藤滋夫（創価）**；大変素晴らしい内容でかつ興味深く拝聴いたしました。どうもありがとうございます。それでは休憩予定時間通り10分間とりまして、45分から伊藤眞先生のご講演を始めさせていただきます。それで書



画カメラをご使用しておやりになりますので、少し照明を落として、見やすいようにいたします。お手元でメモをとられる程度の明るさは十分あります。それでは45分からということで休憩に入ります。星野先生どうもありがとうございました。

〈 休 憩 〉

**伊藤滋夫（創価）**；それでは伊藤眞先生より「法科大学院における民事訴訟法教育のあり方」と題しましてご講演をしていただきます。どうぞよろしくお願いたします。それから照明が暗くなるのは、伊藤先生が合図をなさってからということでございます。どうぞよろしくお願いたします。

※伊藤眞先生ご講演部分のうち  で囲んだ部分は書画カメラにより映し出された資料である（編集部）。

**伊藤眞（東京）**；先ほど過分な御紹介に与りました伊藤でございます。本日は、日頃より親しく御指導を頂いております伊藤滋夫先生の御厚意により、「法科大学院における民事訴訟法教育のあり方」についてお話をする機会を与えられましたこと、心より光榮に存じます。もっとも、当「要件事実教育研究所」は、この問題に関してわが国でもっとも進んだ研究をなさっていらっしゃるかと存じますので、私のお話は、英語の俗諺でいう「ニューキャッスルに石炭を運ぶ。」類のものとなることを心配しております。この俗諺の意味は、産業革命時代に英国のニューキャッスルが主要産炭地であったところから、そこにわざわざ石炭を持ち込むことを揶揄したものと思えます。

また、先ほどお話をなさった星野英一先生は、私が学生時代に民法の講義を承った方であり、星野先生の前で法科大学院教育のあり方について愚見を開陳することは、40年ぶりに先生の前で口頭試問を受けているような

気持で、いささか緊張を禁じ得ないところでございます。

さて、一昨年4月より法科大学院制度が発足いたしまして、現在までほぼ2年が経過いたしました。今月末には、既修者として入学した学生がはじめて卒業し、5月に予定される新司法試験を受験し、司法修習を経て、新たな法曹としての活動をするを期待されております。私自身も、この2年間、本務として法科大学院における民事訴訟法教育を担当して参りました。そこで、本日は、その経験を踏まえ、反省点や改善点と自らが感じておりますところをお示しして、皆様方の御参考にご供したいと存じます。

なお、このような書画カメラやスクリーンのご用意をお願いいたしましたのは、普段の私の法科大学院における授業をこのような形でやっているためでございます。後ほど書画カメラで手元の書面を映し出す際に、皆様方の手元が暗くなって大変申し訳ないとは存じますけれども、ご了解いただければと存じます。

## 1. はじめに

私自身の法科大学院における教育経験と致しましては、未修者1年次学生を対象とする「基本科目民事訴訟法」、および既修者1年次・未修者2年次の学生の混成クラスを対象とする「上級民事訴訟法」を、昨年度および本年度の2年間担当いたしました。私どもの法科大学院は学生数が多いものですから、「基本科目民事訴訟法」は、私を含め2名の教員がそれぞれ1クラスずつ、「上級民事訴訟法」は、私を含め4名の教員がそれぞれ1クラスずつ担当しております。それぞれの科目の基本的目的としては、名称からも御理解いただけると存じますが、「基本科目民事訴訟法」が、未修者に対して、週2コマ、半年間4単位の授業として、民事訴訟の判決手続に関する基本的知識と考え方とを修得させることを目的としており、他方、「上級民事訴訟法」が、週1コマ、半年間2単位の授業として、「基本科目民事訴訟法」や学部での民事訴訟法の履修を前提に、判例などを素材として、民事訴訟手続の実際の運用にかかわる問題などを検討し、いわゆる実務系科

目、私どもでは「民事実務基礎」などが代表的なものです、そこへの橋渡しの役目を果たすことを目的としております。

このように同一科目を複数教員が担当していることから、その内容の統一性が問題となりますが、民事訴訟法担当教員の間では、基本的な概念、原理、解釈論の方法などについては、おのずから一定の共通理解が存在するとの前提に立って、教材や授業方法は、担当教員の判断に委ねることを原則としております。ただ、「上級民事訴訟法」につきましては、担当教員4名で編集した統一教材を用いておりますが、その教材を授業の中でどのように使用するかについては、担当教員それぞれの判断に委ねられておりますし、また「基本科目民事訴訟法」につきましては、教科書や教材そのものにつきましても、担当教員自身の責任で判断することとしております。試験内容についても同様です。

特に、未修者1年次の学生の中には、このことに不安を覚える者もいるようでございます。民事訴訟法学には、古くから旧訴訟物理論と新訴訟物理論という学説の対立がございまして、私自身は、旧訴訟物理論をとり、それを基礎とした自らの書物を教科書としておりますが、他の担当教員は、むしろ新訴訟物理論に立脚する者が多いように思います。そこで、ときに「基本科目民事訴訟法」の受講学生から、「先生は旧訴訟物理論を基本として授業をされたが、上級民事訴訟法の担当の先生の中には、新訴訟物理論の教科書を指定される方もいらっしゃるようで、次の段階の授業との繋がりは問題がないのか。」との質問がぶつけられることもございます。この種の質問に対する答えとしては、私は、「法科大学院の主たる役割は実務法曹の養成であり、いずれの訴訟物理論に立とうとも、もう一方の考え方がどのような利点と問題点を持つかを理解していることが重要なのであり、その理解さえできていれば、担当教員自身が自らの学説として新訴訟物理論をとっているのか、旧訴訟物理論をとっているのかは、学習にとって何ら障害となるものではない。教員の側もそうした姿勢で教育にあたっているから、心配は無用である。」と答えることにしておりますが、このような質

問は、ある意味では、従来の法学部教育と法科大学院教育との違いは何か、法科大学院教育の本来的目的はなにかを考えさせるものといえるかも知れません。

ただ、このように申し上げると、東京大学の法科大学院（正式には、法学政治学研究科法曹養成専攻と呼びます。）の民事訴訟法教育は、担当者がそれぞれの判断で内容を決定しており、何ら統一性がなく、実務基礎教育としては不適切であるというお叱りを、第三者評価機関などから受けるかも知れません。もちろん、私がただいま申し上げたことも、授業内容の最終的判断は、担当教員に委ねているという意味に過ぎず、授業方法や内容についての情報交換は密にしておりますし、また、ときには他の担当教員の授業を参観する機会を作ることによって、担当教員の自主的判断の尊重が独善に化してしまわないよう、注意を払っていることは申すまでもありません。

## 2. 民事訴訟教育の基本目的と基本方法

さて、前置きはこの程度に致しまして、本論に入りたいと存じます。私は、民事訴訟法教育の基本目的として、3つのものを考えており、また教育の基本方法としても3つのことを重視しております。以下、いくつかの具体例に即して、その内容を申し上げますが、ここでいう3つの基本目的とは、(1) 手続の骨格を形作っている基本原理、たとえば訴権、訴訟法律関係、訴訟物、弁論主義、証明責任などの原理の内容を正確に理解させ、民事実務の基礎としてそれを応用できる力を身につけさせる、(2) 訴訟物と弁論主義の関係など、基本原理の相互関係を立体的に理解させる、(3) 実体法と手続法を一体のものとして理解させるというものです。わが国では、特に研究者については、実体法と手続法の分業が過度に進んでいる関係で、それが教育の面にも反映されるようなことがあると思います。しかし、少なくとも教育の場面においては、その両者を一体のものとして学生に教育することができるだけの努力が要求されるのではないかと感じてい

る次第です。

また、3つの基本方法とは、①学生自身に考えさせて修得させる、②教員が模範を示す、③常に法令の条文に即して議論をするということです。法科大学院の授業方法について説かれる双方向的授業では、とかく①の側面のみが強調される傾向があります。これに対して、体系的知識を身につけさせるためには、講義方式の方が優れているとの批判もあります。しかし、私は、そのいずれにも問題があり、学生自身の予習復習を前提とし、双方向的授業を行った後で、そこで取り上げる問題について教員が模範とすべき解答を示す方式をとることが最善と考えております。

双方向で問答をただで終わるのでは、教育の内容が拡散し、いたずらに学生に迷いを生じさせるおそれがあり、他方、旧来の講義方式で教員が一方的な説明をするのでは、特に未修者に対して半年4単位の授業で、先に述べた3つの目標に到達させることは不可能です。以下の例において私が、自ら作成した解答例を学生に配布しているのは、そのような意図によるものです。また③は、民事訴訟法の教育に限ったことではなく、実定法の教育全般に妥当することと思われませんが、とかく学生は、学説の対立などに目を奪われ、法解釈の基本が法令の文言であることを忘れがちになるものですから、あえて強調している次第です。

このような考え方にもとづきまして、私は、学期の始めにあらかじめ各回の授業において取り上げるべき事項とそれに対応する教科書の記述部分および関連する重要な判例を指示し、さらに、各回の授業の数日前にこれから御紹介する設問を送付し、できる限り各人が書面を作成した上でそれを持参して授業に出席するように求めています。そして授業に際しては、まず学生の作成した書面を提示させ、それをもとにして意見交換をした後に、私の作成した解答例を示して、さらに学生からの質問などを受けることにしております。以下、その例をいくつか御紹介させていただきます。

### 3. 未修者に対する民事訴訟法基礎教育の例

レジュメ3. 具体的教育内容の「(1) 実体法上の権利と訴訟手続による確定の必要 — 訴訟と非訟」と書いてあるところをご覧ください。

次の説問①は、私が基本科目民事訴訟法の初回に使っている教材です。未修者の1年次学生は、夏学期に憲法、民法、刑法などを途中まで勉強した段階で、冬学期の基本科目民事訴訟法を受講することになります。

#### (1) 訴訟と非訟

民事訴訟法の学習を始める者にとって、最初の難関として訴訟と非訟との区別があります。もちろん、概念そのものは、判例の中でも明らかにされ、また教科書等にも説明がありますが、なぜ裁判所の判断事項が権利義務の存否そのものにかかるといえるのか、また権利義務の存否にかかる判断は、なぜ公開の法廷における当事者双方の攻撃防御方法の提出を内容とする審理手続を経なければならないのかを学生に理解させることは必ずしも容易ではありません。次の設問は、離婚事件を完全に非訟化することが可能かどうかを考えさせることによって、学生にこの点の理解を得させようとするものです。

#### 設問①

離婚をめぐる紛争は、家事審判手続でのみ取扱い、人事訴訟手続では取り扱わないこととする立法、たとえば、民法770条1項柱書を「夫婦の一方は、左の場合に限り、離婚の審判を申し立てることができる。」と改正し、それにあわせて、人事訴訟法2条1号から離婚の訴を削除し、家事審判法9条乙類の審判としてのみ裁判を行うべきであるとする立法論を考えよ。

先ほどお話しましたように、基本科目民事訴訟法の最初の授業ですから、学生諸君は、もちろん民事訴訟法についての十分な知識はありません。せいぜい教科書の訴訟と非訟についての解説であるとか、あるいは有名な大

法廷判決などを判例百選であらかじめ読むという程度で何らかの文章を書いてくるわけでございます。当然、問題が十分に把握されていないとか、また内容的にも不十分なものが多いわけでございます。しかし、ともかく訴訟と非訟の区別の基準は何なのかということを学生自身の頭でまず考えさせることを求めているわけです。それを前提として、問題の把握を正確にし、考え方の方向と内容を指し示すのが教員である私の仕事になります。以下に私が用意した解答例をご紹介します。もちろん、ここでは離婚事件を非訟化することに積極的な立場からの議論を展開することを求めているわけでございます。

## 解答例

### 1. 離婚事件の特質

裁判離婚制度は、婚姻の両当事者間に離婚の合意（民763）が成立しない場合に用いられるものであるが、離婚事件の特質としては、以下の点があげられる。第1は、離婚の事由のほとんどすべてが夫婦間のプライバシーに深く関わるものであり、裁判所が事案の真相を把握するためには、一般第三者が在廷する公開の法廷における審理は不相当であり、裁判所と両当事者のみによる審理に適することである。これを離婚事件に求められる密行性と呼ぶ。

第2は、破綻状態にある婚姻をめぐる紛争を長期化させることは、その当事者である夫婦にとっても、また夫婦間の子にとっても著しい不利益を生じさせるものであり、ひとたび裁判離婚手続が開始された以上、一刻も早く裁判によってその結論を示さなければならない。これを離婚事件に求められる迅速性と呼ぶ。

密行性と迅速性という離婚事件の特質を前提として、裁判離婚制度を適正に運営するためには、現在の人事訴訟手続による離婚訴訟は不適切といわざるをえない。なお、離婚事件の解決のためには、人事訴訟の他に、家事審判法17条以下の規定による家事調停の利用可能性が

あるが、調停はその本質上、両当事者の合意を前提とするものであり、裁判離婚に代替しうるものではない。

## 2. 人事訴訟手続による審理の問題点

人事訴訟法（平成15年法律第109号）は、離婚事件を含む人事関係事件について、第1審を家庭裁判所の専属管轄とし（人訴4，裁31の3 I ②）、その特質を考慮して若干の特則を置いているが（法19ないし23）、人事訴訟手続の基本的性質は、訴訟手続に他ならず、口頭主義や公開主義などの民事訴訟の基本原則は人事訴訟においても妥当する。公開主義についてみれば、憲法82条1項の規定にもとづき、審理の中心となる訴訟の口頭弁論は公開の法廷で行うことが要求される。

しかし、1. において述べた密行性の視点からみると、公開の法廷における離婚訴訟の審理は、夫婦間のプライバシーがいたずらに第三者の好奇の目にさらされるおそれを生じさせ、さらに事件を傍聴した第三者がその事実を法廷外においても広く流布させる危険すら存在する。また、そのような可能性をおそれるあまり、訴訟当事者が真実を法廷において主張することをためらい、あるいは証拠の提出を自制する結果となり、真実の解明が妨げられるという問題も考えられる。もっとも、現行法は、そのような問題に対処するために、憲法82条2項の趣旨を具体化するものとして、当事者尋問等の公開停止、いわゆる非公開審理の可能性を認めるが（法22条）、同条の要件は極めて厳格なものであり、離婚事件に求められる密行性の要請を満たすものとは到底いうことができない。

これに対して家事審判法による非訟事件手続は、その性質上密行性が担保されており（家審7，非訟13）、離婚事件が公開の法廷において審理されることから生じる問題の発生を回避しうる。

次に、迅速性の視点からみた離婚訴訟の問題点を指摘する。訴訟手続の審理は、口頭弁論の方式をとって行われ、そこでは口頭主義や弁論主義の原則が支配する。口頭弁論は、両当事者による事実主張を経



て争点を確定し、その争点について厳格な証明を求めた上で裁判所が事実を判断するという構造をとることから、必然的に審理の開始から終結まで相当の時間を要する。これに対して家事審判手続は、裁判が決定の方式で行われることから（非訟17 I）、口頭弁論による審理は要求されず、主張なども書面によってなすことが許され、また当事者本人などを取り調べる場合にも、厳格な方法による証拠調ではなく、審尋という弾力的な方式によることが許される。このことは、口頭弁論による訴訟手続に比較すると、より迅速な審理が実現できることを意味し、迅速性の視点から非訟手続による審理が訴訟手続による審理に優るといえることができる。

さらに、裁判に対する不服申立ての面でも、判決に対しては、控訴および上告（上告受理申立て）という上訴手段が保障され、場合によっては離婚判決の確定までに長期間を要するのに対して、決定の形式でなされる離婚審判については、原則的な不服申立て方法としては、高等裁判所に対する抗告が許されるのみであり（家審7，非訟20，裁16②）、判決と比較すれば、早期の確定が期待できる。

### 3. 離婚事件の非訟化の許容性について

訴訟事件と非訟事件の区別について判例は、権利義務の具体的内容を定めるのは非訟手続によることが許されるが、その存否そのものを確定するについては、訴訟手続によらなければならないとしている（最大決昭和40年6月30日民集19巻4号1089頁など）。現在、離婚事件が訴訟事件とされているのは、このような考え方にもとづくものと思われるが、この点は、以下のような理由から非訟化の妨げにはならないものとする。

民法770条1項1号ないし4号は、それぞれ具体的事由を掲げて、夫婦の一方が他方に対して離婚の訴を提起できるとしており、この規定が、夫婦の一方の離婚権または他方に対して離婚を求める法律上の地位を付与するものと解すれば、その権利や法律上の地位の存否そのも

のを確定するには、訴訟手続によらなければならないといえよう。しかし、同条を子細にみると、1項5号では、「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」という極めて概括的な離婚事由が規定されており、また、同条2項では、裁判所は、1項1号ないし4号の事由があるときでも、「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。」旨を規定する。すなわち、実体法上の権利義務や法律上の地位は、法がその要件として規定する一定の事実（法律要件事実と呼ばれる。）が存在すれば、必ず裁判上もその発生が認められなければならないという特質をもつものに対して、この場合には、事実の定め方自体が概括的であり（民770 I ⑤）、また、一定の事実（同①ないし④）が存在しても、裁判所が離婚を求める地位を否定することが許される。

これらのことは、離婚権または離婚を求める法律上の地位とはいっても、それが本来の権利とはその性質を異にし、裁判所の裁量的判断に服するものに他ならないことを示している。したがって、離婚を求める法律上の地位の存否は、必ずしも訴訟手続による確定を保障するまでの必要はなく、密行性および迅速性の要請を重視して、離婚事件を非訟化しても、判例の考え方に抵触するものではなく、また憲法違反の疑いを生じさせるものでもないというべきである。

以上

この解答例の1、2の部分、実質的に見て離婚事件を審判化、非訟化するのが妥当だということを言っているわけですが、これから法学を学ぼうとする学生にとっては、それが実質的に妥当であっても憲法を頂点とする法体系の元で許されるのかどうかという議論をし、その議論の仕方を身につける必要があるわけですが。その点に関するものが、3のところでございます。つまり、3で挙げている判例の基準に照らして、離婚事件の非訟化が憲法の基準に照らして許容されるかどうかの問題にな

るわけでありませぬ。

ここで目的としているのは、解答例に述べた考え方自体の正当性を学生に確信させることではありません。これはあくまで一つの視点に過ぎず、皆様はこれに対する反論を直ちに思いつかれるでしょう。私自身としても、この考え方を採用することには懐疑的です。しかし、ここでの目的は、離婚訴訟の非訟化の是非および可否という設問を通じて、民事訴訟における審判の対象、すなわち訴訟物とはどのような特質を持ったものであるのか、訴訟物と法律要件事実とはどのような関係にあるのか、なぜ法律要件事実の審理について公開主義や口頭主義などの審理の基本原則がとられているのかを学生に理解させることですから、その意味では、このような解答例も一応の役割を果たしうるのでないかと愚考しております。

## (2) 訴訟法律関係

次に、レジュメの「(2) 訴訟法律関係の考え方」というところに参ります。

民事訴訟法は、訴訟手続に関与する主体、すなわち裁判所や訴訟当事者などの主体が行う行為（訴訟行為）に関する規律を主たる内容としています。そして、民事訴訟が「手続」であるということは、各主体がなす訴訟行為が、それぞれ相互に密接に関連してなされるものであること意味、ある主体によってある行為がなされた場合に、他の主体は、それに対応する行為をなす地位を認められたり、また義務づけられます。これを訴訟法律関係と呼ぶことに致しますと、私は、訴訟法の規定や手続の内容を理解する上で、訴訟法律関係の概念が重要な役割を果たすと思います。次の設問は、それを学生に考えさせ、修得させるためのものです。

### 設問②

民事訴訟法92条の4の条文を読み、専門委員関与決定取消決定手続において、いかなる主体のいかなる権利義務が規定されているのかを明らかにせよ。なお、専門委員制度については、教科書279頁以下に説明

があるが、この段階では、制度の大要を理解すれば十分である。

#### 民事訴訟法92条の4

「(専門委員の関与の決定の取消し)

第九十二条の四 裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、専門委員を手続に関与させる決定を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならぬ。」

#### 解答例

##### 1. 訴訟法律関係の概念

訴訟手続とは、裁判所および訴訟当事者などの主体による行為（訴訟行為と呼ばれる。）が相互に前提としあって結合されている、行為の連鎖を意味する。これらの行為のうち、相手方に対して一定の行為を要求することが法律上認められ、相手方がそれを義務づけられる場合を指して、訴訟法律関係と呼ぶ。訴の提起の形をとった訴権の行使に対して、裁判所などの機関が一定の行為（法137 I II、138 I）をなすことを義務づけられるのは、訴訟法律関係の具体的現れに他ならない。

##### 2. 一方当事者の権利

訴訟法律関係の視点から民事訴訟法92条の4を考察する。専門委員制度の趣旨は、医事関係訴訟などの専門訴訟における争点整理、証拠調の実施、あるいは和解の勧誘などに際して裁判所が必要とする専門的知見の供給源として専門委員を利用しようというものであるが、本条において訴訟当事者の一方に認められている権利としては、専門委員関与決定取消申立権がある（法92の4本文）。その内容は、訴権の場合と同様に、取消しを求めうる地位の有無について裁判所の判断を求める権能と解される。したがって、当事者がこの申立権を行使すれば、

裁判所は、対応する判断、すなわち取消申立てを否定するか、それとも関与決定を取り消すかの裁判をすることが義務づけられる。判断の要件は、「相当と認めるとき」である。したがって、判断基準自体については裁量性が認められるが、判断自体は義務づけられるというのが、本条本文の内容である。

### 3. 双方当事者の権利

さらに、同条ただし書は、双方当事者に対して専門委員関与決定取消申立権を認める。双方当事者が各別にまたは共同して関与決定の取消申立権を行使したときには、裁判所は関与決定取消決定をなすことを義務づけられる。この場合には、裁量判断の余地はない。

### 4. 裁判所の権利

一方当事者または双方当事者の申立てにもとづいて、申立ての当否について判断し、または専門委員関与決定を取り消すことは、裁判所の義務とみなされるが、それと並んで、裁判所独自の権利として、専門委員関与決定を取り消すことも認められる。法92条の4本文における職権取消しがこれにあたる。

### 5. 本条にもとづく訴訟法律関係の趣旨

法92条の4は、当事者および裁判所について以上のような内容の訴訟法律関係を規定しているが、その趣旨は、以下のようなものと考えられる。まず、裁判所に職権による取消権が認められているのは、専門委員が裁判所の専門的知見を補充するための機関であり、したがって、関与決定自体は裁判所の職権の行使としてなされること（法92の2 I 第1文）を反映したものである。

次に、一方当事者に取消申立権が与えられている理由を説明する。専門委員制度の趣旨は、争点整理などの局面における裁判所に対する専門的知見の供給である。その必要性の判断は、審理の状況に即した裁判所の機動的判断に委ねられるべきものであり、当事者に申立権を認め、裁判所にそれに対応する判断義務を課すことは、専門委員制度

の弾力的運用の妨げになる。もちろん、当事者が裁判所の職権の発動を促すことはできるが、その場合には、裁判所は、判断を義務づけられるものではない。

しかし、いったん専門委員関与決定がなされ、専門委員が審理に関与すれば、争点整理等について専門委員の活動が行われ、それは当事者の利害関係に影響を生じる。もちろん、専門委員の中立性は、除斥・忌避の規定（92の6）によって担保されているが、当該専門委員の専門的知見に信頼性が欠けるとか、それが争点整理等に役立たないと当事者が判断するときは、それについて裁判所の判断を求める機会を保障することが、手続保障の見地からいっても望ましい。これが、取消申立権を認める理由である。

さらに、双方当事者に取消申立権が認められるについては、次のように考えられる。争点整理などは、裁判所と当事者との協働によって進められるべきものであり（法147の2、147の3参照）、両当事者が当該専門委員の職務遂行に対して否定的な評価をなし、その関与を排除することを求めているのに対して、なお裁判所が専門委員の関与に固執することは、意味がなく、却って審理の進行にとって有害である。したがって、この場合には、裁判所は、裁量の余地なく、取消決定をすることを義務づけられる。

以上

ここでの学習の材料は、専門委員制度というやや特殊なものです。民事訴訟法の規定を丁寧に読み解くことによって、それが当事者や裁判所についてどのような権利と義務を規定しているかを明らかにし、訴訟法律関係という基本的概念が具体的にどのような形をとって現れるのか、立法者がどのような理由から、そのような内容の訴訟法律関係を設けているのかを学生に修得させ、これから様々な場面で登場する各種の訴訟法律関係を理解する上での基本的視点を作ろうとするのが私の目的です。

#### 4. 既修者および未修者 2 年次学生に対する民事訴訟法教育の例

以上、初学者向けの設例をお示しして参りましたが、次に上級民事訴訟法の教材を利用して、弁論主義や主張責任についての授業の実際を御説明申し上げます。レジュメ（3）「法律要件事実の手續上の意義—法律上の推定を材料として」とあるところをご覧いただきたいと存じます。ここでは、法律要件事実の概念が中心になりますので、いよいよ冒頭に申し上げた「ニューキャッスルに石炭を運ぶ。」ことになるかも知れませんが、ご海容いただければと存じます。

##### (1) 特許権侵害損害賠償請求訴訟における主張・立証

###### 設問③

(1) 特許権者 X は、Y が X の許諾を得ることなく、その特許にかか  
る製造方法を用いて、製品を製造・販売し、X に対して損害を  
与えたことを不法行為として、逸失利益を含む損害賠償請求訴  
訟を提起しようとしている。民法 709 条にもとづいて X の主張立  
証すべき請求原因事実を構成せよ。

(2) 特許法 103 条の規定は、(1) の請求原因事実の構成に対してど  
のような影響を与えるか。

###### 特許法 103 条

「他人の特許権又は専用実施権を侵害した者は、その侵害の行為に  
ついて過失があつたものと推定する。」

(3) 同 102 条 2 項の規定は、(1) の請求原因事実の構成に対してど  
のような影響を与えるか。

###### 特許法 102 条 2 項

「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又  
は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損

害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。」

- (4) 同1項の規定は、(1)の請求原因事実の構成に対してどのような影響を与えるか。

#### 同1項

「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。」

まず、本則である民法709条に基づいてXの請求原因事実を考えることを出発点としております。それに引き続きまして、いくつか特則がございます。一つは特許法103条の規定、2つ目が同法102条2項の規定、最後に同法102条1項がございます、これらが(1)の請求原因事実の構成に対してどのような影響を与えるかを考えさせるのが目的でございます。

対象者は、上級民事訴訟法の受講学生でありますから、主要事実とか法律要件事実とか弁論主義とか証明責任とか、あるいは法律上の推定などの基本的な概念は一応習得していることを前提にしてよいわけです。習得し



ている知識を前提に、特許権侵害訴訟あるいは特許法の推定規定などを踏まえてそれをどのように応用することができるかを授業の中で学ばせようというわけです。この場合につきましても、適宜学生諸君に自らが作成した書面を提示してもらって、私がそれをこのカメラで写して他の学生にも見てもらい、あるいはそれについて口頭での発言を求めるという形での議論を行いながらすすめていきます。そして一応のまとめとして、私の解答例を提示し、それについて学生からの質問などがあればそれを受けるという形で行っています。

### 解答例

#### 1. 民法709条にもとづく請求原因事実

不法行為にもとづく損害賠償請求訴訟における請求原因事実は、一般には、①原告の権利の存在、②当該権利に対する被告の侵害行為、③侵害についての故意または過失、④損害の発生および損害額、⑤侵害行為と損害発生との間の因果関係の五つとされているので、これを設問の特許権侵害を原因とする損害賠償請求訴訟にあてはめれば、①権利としてのXの特許権、②Yの特許権侵害行為、③侵害についての故意または過失、④財産的損害としての損害および損害額、⑤②と④との間の因果関係が本来の請求原因事実になる。

#### 2. 特許法103条を前提とした請求原因事実

法103条は、権利侵害にもとづいて侵害者の過失を推定している。この場合の前提事実は、権利の存在および侵害行為であり、推定事実は、過失であるから、前提事実も推定事実も、いずれも請求原因事実の一部を構成しており、この推定は、講学上の暫定真実としての性質を持つものと考えられる。

暫定真実においては、当該法律要件事実のうち、前提事実とされる主要事実についてのみ、本来の主張責任を負う当事者が主張責任および証明責任を負担し、推定事実たる主要事実については、相手方当事

者が、その不存在の主張責任および証明責任を負担する。したがって、本文においても、Xは、①の権利の存在および②の侵害行為について主張責任等を果たせば足り、③の過失については、Yの側が無過失の主張責任等を負担する。裁判所は、Yがその主張責任等を果たさない限り、①および②の事実にもとづいて③の過失の存在を判断の基礎とすることが義務づけられる。

### 3. 特許法102条2項を前提とした請求原因事実

この場合には、本来の請求原因事実は、④のXの損害額であり、それはYの侵害がなかったとすれば、Xが特許権実施によってえたであろう利益、いわゆる逸失利益を中心とする。これに関して、法102条2項は、侵害者であるYがえた利益額をもってXの損害額と推定しているが、この場合の前提事実は、本来の請求原因事実とは別の事実であり、本来は、Xの損害額を推認する根拠となる間接事実であり、この推定規定の性質は、講学上の法律上の推定に属するものと判断される。このような推定規定が設けられた理由は、請求原因事実である損害額を立証する前提となる特許権者の製造能力や販売能力、社会的需要などは、いずれも想定的事実であり、その立証が容易ではないことから、現実の事実であり、直接証拠によって認定可能な侵害者の利益を前提事実として、特許権者が主張・立証することを認めたものである。

この推定規定を利用する場合には、Xは、本来の損害額の主張・立証に代えて、Yが侵害行為の結果としてあげた利益を主張・立証することが許される。具体的にいえば、本来の要件事実である自らの逸失利益を構成する事実が、Xの想定上の譲渡数量×Xの想定上の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）であるのに対して、侵害行為の結果としてYがえた利益、すなわちYの現実の譲渡数量×Yの現実の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）を請求原因事実として主張し、それについての証明責任を果たせば足りる。

この推定を破るためのYの主張および立証の対象事項は、Yの現実

の利益がXの想定上の利益に相当しない事実であり、具体的には、Xの想定上の譲渡数量がYの現実の譲渡数量を下回ることや、Xの想定上の一個当たり利益がYの現実の一個当たり利益を下回ることが考えられる。推定が破られれば、本来の請求原因事実であるXの逸失利益が主張・立証されない限り、Xの請求は棄却される。

#### 4. 特許法102条1項を前提とした請求原因事実

法102条2項にもとづく請求原因事実の構成は以上の通りであるが、その場合には、Xは、侵害者たるYの利益（売上高－経費）を主張・立証することが求められ、この立証は、経費額などがYの営業秘密として証言拒絶権該当事由や文書提出義務の除外事由に該当する可能性を考えると（民訴197 I ③・220④ハ参照）、必ずしも容易とはいえない。その場合に備えて、もう一つの選択肢として、法102条1項にもとづいて請求原因事実を構成することが考えられる。すなわち、本来の請求原因事実であるXの逸失利益に代えて、Yの現実の譲渡数量×Xの想定上の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）を損害額として主張・立証する方法である。

これは、法102条2項と異なって、推定規定ではなく、損害額に関する法律要件事実自体について、民法709条の本則とは別の選択肢を認めるものである。もちろん、Yの現実の譲渡数量がXの販売能力を超えるような場合にも、上記の額を損害額として認めることは背理となるから、法102条1項但書においては、特許権者の想定上の譲渡数量が侵害者の現実の譲渡数量を下回することをYが抗弁として主張・立証したときには、その分は損害額から控除される旨が規定されるが、これはあくまで損害額に関する減額の抗弁であり、それが認められても、Xの損害額が一部減額されるに過ぎず、損害額の証明そのものがなされなかった結果になるわけではない。この点が、法102条2項の推定規定にもとづいて請求原因事実を構成した場合との違いである。

以上

内容を逐一ご紹介する必要もないとは思いますが、まず、民法709条に基づく請求原因事実の構成を確認しています。ここに挙げた①から⑤までの要件を挙げることになるかと思います。

これを前提として、特許法103条を踏まえて請求原因事実がどのような影響を受けるかが次の問題であります。

特許法103条の趣旨は講学上の暫定真実といわれています。学生諸君は法律上の推定ですとか、暫定真実という言葉は既知っているはずですが、民法の関連規定でそれがどういう形で現れているのかも勉強しているはずですが、特許法に関しては、おそらくこの授業で勉強するのがはじめてということになりますので、応用的な力を養ってもらうことを目的としています。

解答例にもありますように「暫定真実においては、当該法律要件事実のうち、前提事実とされる主要事実についてのみ、本来の主張責任を負う当事者が主張責任および証明責任を負担し、推定事実たる主要事実については、相手方当事者が、その不存在の主張責任および証明責任を負担する。したがって、本問においても、Xは、①の権利の存在および②の侵害行為について主張責任等を果たせば足り、③の過失については、Yの側が無過失の主張責任等を負担する。」ということになります。

次に、特許法102条2項の推定規定になりますけれど、これは講学上、法律上の事実推定と言われるものであります。学生は「法律上の推定規定」について既に一般的には勉強しているわけですが、それを具体的に当てはめたときにどういう形で当事者の主張に影響を与えるかを考えてもらおうというわけです。解答例の中では、「この場合には、本来の請求原因事実は、④のXの損害額であり、それはYの侵害がなかったとすれば、Xが特許権実施によってえたであろう利益、いわゆる逸失利益を中心とする。これに関して、法102条2項は、侵害者であるYがえた利益額をもってXの損害額と推定しているが、この場合の前提事実は、本来の請求原因事実とは別の事実であり、本来は、Xの損害額を推認する根拠となる間接事実であり、」

本来的な法律要件事実である主要事実を推定しているのだから、いわゆる法律上の事実推定にあたと説明しています。それでは、当たるとして具体的に主張事実の内容にどのように影響するのかというのが次の問題です。

「この推定規定を利用する場合には、Xは、本来の損害額の主張・立証に代えて、Yが侵害行為の結果としてあげた利益を主張・立証することが許される。具体的にいえば、本来の要件事実である自らの逸失利益を構成する事実が、Xの想定上の譲渡数量×Xの想定上の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）であるのに対して、侵害行為の結果としてYがえた利益、すなわちYの現実の譲渡数量×Yの現実の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）を請求原因事実として主張し、それについての証明責任を果たせば足りる。」これが、法律上の推定規定を利用した主張事実の内容です。

さらに、Y側の主張・立証活動についても考えなければなりません。「この推定を破るためのYの主張および立証の対象事項は、Yの現実の利益がXの想定上の利益に相当しない事実であり、具体的には、Xの想定上の譲渡数量がYの現実の譲渡数量を下回ることや、Xの想定上の一個当たり利益がYの現実の一個当たり利益を下回ることが考えられる。」というのが、解答例の関連部分です。

特許法102条1項の条文は、レジュメの3から4頁にわたって記載していますが、この条文は一読するとやや分かりにくい規定であるわけで、この規定を理解するためには特許法102条2項の推定規定は以前からあって、同法102条1項の規定は、平成10年の改正でできたものですから、なぜ立法者が2項の推定規定がありながら、さらにそれに付け加えて1項という規定を設けたのかという点を学生が理解していないと、1項の持っている意味が分からないわけです。条文を丁寧に読みながらその点を理解してもらって、その上でその理解をこの事案に当てはめる、請求原因事実の構成にどのような影響を生ずるのかを考えてもらいたいと言うことであります。

これについても私の解答例で説明をしております。「法102条2項にもとづく請求原因事実の構成は以上の通りであるが、その場合には、Xは、侵害者たるYの利益（売上高－経費）を主張・立証することが」推定の前提事実として要求されるわけです。この立証は立証負担の軽減のために設けられているわけですが、しかし「この立証は、経費額などがYの営業秘密として証言拒絶権該当事由や文書提出義務の除外事由に該当する可能性を考えると（民訴197 I ③・220④ハ参照）、必ずしも容易とはいえない。その場合に備えて、もう一つの選択肢として、法102条1項にもとづいて請求原因事実を構成することが考えられる。すなわち、本来の請求原因事実であるXの逸失利益に代えて、Yの現実の譲渡数量×Xの想定上の一個当たり利益（一個当たり譲渡価格－経費）を損害額として主張・立証する方法である。」それは法律上の推定ではないことを理解することが必要です。

最後の段落では「これは、法102条2項と異なって、推定規定ではなく、損害額に関する法律要件事実自体について、民法709条の本則とは別の選択肢を認めるものである。もちろん、Yの現実の譲渡数量がXの販売能力を超えるような場合にも、上記の額を損害額として認めることは背理となるから、」立法者は「法102条1項但書においては、特許権者の想定上の譲渡数量が侵害者の現実の譲渡数量を下回ることをYが抗弁として主張・立証したときには、その分は損害額から控除される旨が規定され」ます。但書は設問のところに記載してありますが、「ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。」と書いてあります。

しかし、この場合の被告の証明活動は、2項の場合と違いまして、推定を破るための証明活動ではなく、「これはあくまで損害額に関する減額の抗弁であり、それが認められても、Xの損害額が一部減額されるに過ぎず、損害額の証明そのものがなされなかった結果になるわけではない。この点が、法102条2項の推定規定にもとづいて請求原因事実を構成した場合との

違いである。」と説明しているわけでございます。

以上に御説明いたしました参考解答例について、学生がこれを覚えればいいということを行っているわけではありません。学生が自分自身で書面を作成し、それについて教室で議論したうえで、私が解答例として示したものと比較対照して復習をすれば一定の学習効果は挙げられるのではないかと考えております。その意図が実現できているかどうかは、皆様の評価に待たざるをえませんが、私の意図そのものは御理解いただけるものと存じます。

## (2) 反射効が訴訟上の主張・立証に与える影響

最後に、上級民事訴訟法の授業の中で行っております、いわゆる判決の反射効に関する問題を取り上げます。レジュメ(4)「主債務者に対する請求棄却確定判決と保証債務履行請求訴訟」がこれにあたります。兼子一先生や新堂幸司先生が主張された反射効理論の概要はここでご説明するまでもないかと存じますが、一般には、判例は、反射効を否定していると理解されています。しかし、判例の内容を子細に検討すると、必ずしもそのようには断定できないという考え方も成り立つように思います。

昨年度夏に実施された新司法試験のプレテスト・民事系科目の第2問でも、補助参加の利益に関するものですが、事案の概要と当事者等の陳述書と関連する裁判例を示して、一方では補助参加の利益ありとする議論を展開しなさい、他方では利益なしとする議論を展開しなさいという問題が出されております。出題者の意図は、裁判例についてその内容や理論構成を分析して、自らの主張の根拠としてどのように応用できるのかという点を試されたのではないかと思います。おそらく本年5月に予定される本試験でも、同様の出題がありうるのではないかと存じます。以下にお示しする設問も、その種の問題を意識したものです。

### 設問④

債権者Yは、債務者Bに対して債務の履行請求訴訟を提起し、その

係属中、別訴として、Bの連帯保証人Xに対する保証債務履行請求訴訟を提起した。保証債務履行請求訴訟については、第1審である千葉地方裁判所においてYの請求を認容する判決が言い渡され、Xの控訴によって事件は控訴審である東京高等裁判所に係属中である。ところが、その間に、Bに対する主債務履行請求訴訟については、Yの請求を棄却する判決が、平成17年6月1日、第1審である東京地方裁判所において言い渡され、確定した。Xの代理人として、この確定判決を自らの有利に援用するためには、控訴審においてどのような主張をすべきか。最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁および最判昭和53年3月23日判時886号35頁を参照して検討せよ。また、Yの代理人としては、予想されるXの主張に対してどのような反論をすべきかについても検討せよ。

最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁

「一般に保証人が、債権者からの保証債務履行請求訴訟において、主債務者勝訴の確定判決を援用することにより保証人勝訴の判決を導きうると解せられるにしても、保証人がすでに保証人敗訴の確定判決を受けているときは、保証人敗訴の判決確定後に主債務者勝訴の判決が確定しても、同判決が保証人敗訴の確定判決の基礎となつた事実審口頭弁論終結の時までに生じた事実を理由としてされている以上、保証人は右主債務者勝訴の確定判決を保証人敗訴の確定判決に対する請求異議の事由にする余地はないものと解すべきである。けだし、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用することが許されるにしても、これは、右確定判決の既判力が保証人に拡張されることに基づくものではないと解すべきであり、また、保証人は、保証人敗訴の確定判決の効力として、その判決の基礎となつた事実審口頭弁論終結の時までに提出できたにもかかわらず提出しなかつた事実に基づいてはもはや債権者の権利を争うことは許されないと解すべきところ、保証人敗訴判決の確



定後において主債務者勝訴の確定判決があつても、その勝訴の理由が保証人敗訴判決の基礎となつた事実審口頭弁論の終結後に生じた事由に基づくものでない限り、この主債務者勝訴判決を援用して、保証人敗訴の確定判決に対する請求異議事由とするのを認めることは、実質的には前記保証人敗訴の確定判決の効力により保証人が主張することのできない事実に基づいて再び債権者の権利を争うことを容認するのとなんら異なるところがないといえるからである。」

最判昭和53年3月23日判時886号35頁

「不真正連帯債務者中の一人と債権者との間の確定判決は、他の債務者にその効力を及ぼすものではなく、このことは、民訴法一九九条二項により確定判決の既判力が相殺のために主張された反対債権の存否について生ずる場合においても同様であると解すべきである。もとより、不真正連帯債務者の一人と債権者との間で実体法上有効な相殺がなされれば、これによって債権の消滅した限度で他の債務者の債務も消滅するが、他の債務者と債権者との間の訴訟においてこの債務消滅を認めて判決の基礎とするためには、右相殺が実体法上有効であることを認定判断することを要し、相殺の当事者たる債務者と債権者との間にその相殺の効力を肯定した確定判決が存在する場合であっても、この判決の効力は他の債務者と債権者との間の訴訟に及ぶものではないと解すべきであるから、右認定判断はこれを省略することはできない。したがって、上告人らと広芸運輸の間に前記のような内容の確定判決が存在することから、直ちに被上告人の債務が右判決によって認められた相殺の金額の限度で消滅したものとした原判決は、判決の効力に関する法の解釈を誤ったか、理由不備の違法を犯したものであり、右法解釈の誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。

そして広芸運輸が相殺に供した上告人らに対する反対債権が実体法

上有効に存在するものであるならば、右反対債権を以てする相殺が民法五〇九条により許されないものであるにせよ（最高裁昭和三〇年（オ）第一九九号同三二年四月三〇日第三小法廷判決・民集一一巻四号六四六頁、最高裁昭和四七年（オ）第三六号同四九年六月二八日第三小法廷判決・民集二八巻五号六六六頁参照）、民訴法一九九条二項による確定判決の既判力の効果として、広芸運輸は右反対債権を行使することができなくなり、その反面として上告人らはそれだけの利益を受けたことになるのであって、右事實は広芸運輸が弁済等その出捐により上告人らの債権を満足させて消滅せしめた場合と同視することができるから、被上告人の上告人らに対する損害賠償債務もその限度で消滅したことになるものと解すべきである。上告人らと被上告人との間においては未だ訴訟上右反対債権の存在は確定されていないのであるから、この点について審理を尽くさせるため本件を原審に差し戻すのを相当とする。」

以上

設問はこのようなものです。昭和51年判決につきましては、ご承知のように、やや微妙な言い方をしているわけであります。一般論としては、あたかも反射効の考え方を許容する余地があるかのような言い振りをして、しかし、本件については、反射効の考え方は使えませんよという言い方をしているのです。したがって、当該事案に関する結論としては反射効を否定しているわけですが、一般論としては許容しているとも考えることもできます。

他方、昭和53年判決についてはどうかと申しますと、これについても、議論の余地がないわけではないのです。この判決が、反射効を否定した判例だと一般に言われている理由はどのへんにあるかといいますと、「相殺の当事者たる債務者と債権者との間にその相殺の効力を肯定した確定判決が存在する場合であっても、この判決の効力は他の債務者と債権者との間の

訴訟に及ぶものではないと解すべきであるから、右認定判断はこれを省略することはできない。したがって、上告人らと広芸運輸の間に前記のような内容の確定判決が存在することから、直ちに被上告人の債務が右判決によって認められた相殺の金額の限度で消滅したもとのした原判決は、判決の効力に関する法の解釈を誤ったか、理由不備の違法を犯したものであり、右法解釈の誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。」という部分に注目しているのです。

ところが、仔細に読んでみますと、異なる考え方が成り立つ余地がないわけではありません。請求棄却判決の原因になった相殺は民法上許されない相殺であったわけです。それにもかかわらず判決理由は、「広芸運輸が相殺に供した上告人らに対する反対債権が実体法上有効に存在するものであるならば、右反対債権を以てする相殺が民法五〇九条により許されないものであるにせよ」「民訴法一九九条二項による確定判決の既判力の効果として、広芸運輸は右反対債権を行使することができなくなり、その反面として上告人らはそれだけの利益を受けたことになるのであって、右事実が広芸運輸が弁済等その出捐により上告人らの債権を満足させて消滅せしめた場合と同視することができるから、被上告人の上告人らに対する損害賠償債務もその限度で消滅したことになるものと解すべきである。」と言っております。

すなわち、実体法上許されない相殺であるけれども、相殺が認められて既判力が生じた以上、債務が消滅したのと同視できる、そのことは他の不真正連帯債務者にも影響があると言っているわけです。したがって、反射効の考え方を排除しているわけではないという議論の余地もあると思います。それでは、まず反射効を自らの有利に援用しようとする当事者の立場からの解答例を見ていきます。

#### 解答例（控訴人×側の主張）

本件保証債務の主債務については、平成17年6月1日、東京地方裁

判所において債権者Yの請求を棄却する旨の判決が言い渡され、その後同判決は確定している。本件第1審判決においては、主債務の存在等が認定され、それにもとづいてYの請求が認容されているが、既に主債務について請求棄却判決が確定し、その不存在について既判力が生じたことを考慮すれば、そのことをもって本件においても保証債務の存在を否定すべきものである。

### 1. 保証債務の付従性

保証債務については、主債務への付従性が一般に承認され（民448参照）、主債務が存在しない場合には、保証債務も存在せず、また主債務が消滅するときには、保証債務も消滅すると解されている。このような保証債務の実体法上の特質を前提とすれば、訴訟法上も、既に主債務の不存在が既判力をもって確定されている場合に、なお保証債務の存在が認められるような事態の発生は、できる限り避けるべきものである。

### 2. 既判力の拡張との関係

既判力の主観的範囲は、民事訴訟法115条の規律に服するところ、債権者と主債務者との間の判決の既判力は、保証人に対して、または保証人のために拡張されるものではなく、したがって、主債務者に対する請求棄却判決が確定したからといって、保証債務についての受訴裁判所が、当然にその既判力にしたがった判断を求められるということとはできない。しかし、1. に述べた保証債務の特質を踏まえれば、たとえ既判力による拘束力が及ばない場合であっても、受訴裁判所としては、確定判決の趣旨を尊重した判断が求められるというべきである。

### 3. 反射効理論

この点についてかねてから有力な学説として反射効理論が説かれている。その詳細をここで繰り返すことは避けるが、反射効理論の意図するところは、保証債務の実体法上の性質を重視し、主債務者の不存在を確定する判決の存在にもかかわらず、保証債務の存在を肯定する

判決が現れることを回避するところにあるものと思われる。そのような事態が生じることは、敗訴した保証人から、債権者に対して勝訴した主債務者に対する求償請求がなされるなど、紛争の解決を遷延させ、また、主債務者の勝訴利益を無に帰する結果となるからである。債権者の利益についてみても、根本となっている主債務履行請求訴訟に敗訴し、その不存在が確定されたにもかかわらず、なお主債務の存在を前提として保証債務の履行を求めることは、正当な法的利益の主張とはみなされない。

#### 4. 従来判例との関係

反射効理論は学説の多数説によって採用されているのに対して、判例は反射効理論を否定しているという理解が存在するが、そのような理解は、判例の意義を正しく把握しているものとはいえない。たとえば、最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁は、むしろ、一般論としては、保証債務履行請求訴訟において、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用することによって保証人勝訴の判決を導きうることを認めているのであり、ただ、既に保証人敗訴の判決が確定している場合には、その既判力を重視する立場から、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用することを否定しているに過ぎない。

また、最判昭和53年3月23日判時886号35頁も反射効理論を否定したものとして引用されることが多い。しかし、この判例においても、相殺の結果として、ある債権の不存在が既判力をもって確定されたときには、債権者はその債権の行使をすることができなくなり、その効果が当該債権に関わる他の債務者にも及ぶことは承認されているのであるから、実質においては、反射効理論と同様の効果を承認しているものと理解される。したがって、判例が反射効理論を絶対的に排斥しているとの理解は誤りであり、本件のような事案において、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用して、保証債務の不存在を主張しうることは、判例によっても承認されているものと解すべきである。

## 5. 主債務者勝訴判決の保証債務履行請求訴訟における意義

確定判決の既判力とは、後訴裁判所の判断に対する訴訟法上の拘束力を意味し、後訴裁判所は、既判力ある判断に抵触する攻撃防御方法が当事者から提出されたとしても、それについて本案の審判を行うことは許されない。また、第三者に対して既判力が拡張される場合にも、このことに差異はない。主債務者勝訴の判決がこのような意味で保証人のために拡張されるものでないことはいうまでもない。

しかし、上記最高裁53年判決がいうように、債権者は主債務者に対する敗訴判決確定によって、主債務者に対して、もはやその債務の履行を求めることはできない状態に置かれるのであり、そのような状態が生じた以上、なお主債務の存在を前提として、保証人に対して保証債務の履行を求めることは許されないといわなければならない。これは、確定判決そのものに実体法上の効果が付与される場合とは異なるが、確定判決による反射的效果として、判決によって否定された権利の主張が排斥され、付従性という実体法の規律を媒介として、その権利を前提とする他の権利を訴訟上主張することも排斥されることを意味する。

もっとも、上記最高裁昭和51年判決がいうように、すでに保証人敗訴の判決が確定しているときには、保証債務の存在が既判力をもって確定されているのであるから、たとえその後主債務者勝訴の判決が確定したとしても、その事実は、既に確定された保証債務について何らの影響を生じない。しかし、そのことは、本件のような事案において、保証人が主債務者の勝訴判決を自らの有利に援用することの妨げとなるものではない。

以上

反射効を有利に援用したいと言うX側の主張としてどういうことが考えられるかということですが、解答例に示したように、反射効には合

理性があるということは当然いなければならないのですけれども、まず、そのために保証債務の附従性ですとか、既判力の拡張との関係などを一般論の部分に記載してあります。

そして反射効の考え方を適用すれば主債務者に請求棄却判決が既に確定している以上、保証債務の履行を求めることは許されないことになるはずだと主張するわけですが、一番大きな問題は、反射効を否定したとされている昭和51年判決や昭和53年判決との関係は一体どうかという点について、訴訟代理人である弁護士としては説得力を持って論理を展開することが必要になります。この点につきましては、解答例の「4 従来の判例との関係」のところに書いたとおりでございます。そのほかにもいろんな議論を解答例の中で展開しているわけですが、次に被控訴人であるYの側から、反射効理論を否定するためにどのような主張をすべきかについての解答例を示しました。

#### 解答例（被控訴人Y側の主張）

控訴人は、本件保証債務の主債務について、平成17年6月1日、東京地方裁判所において債権者の請求を棄却する旨の判決が言い渡され、その後同判決は確定していることをもって、本件においても、保証債務を否定すべきであると主張するが、このような主張は、現行民事訴訟法の基本構造と矛盾し、否定されるべきものであり、そのことは既に判例によって明らかにされていると考えるので、以下、その理由を述べる。

##### 1. 民事訴訟の目的と判決効の相対性

民事訴訟の目的は、訴訟物たる私人間の権利義務について裁判所が公権的判断を示すことによって、紛争の解決を導くところにある。そして、訴訟物たる権利義務は、その内容にしたがって訴訟当事者などの主体に帰属するものであり、実体法上は相互に関連する権利義務であっても、必要的共同訴訟などの特則に服するものでない限り、それ

それぞれについての裁判所の判断は、独立になされるべきであり、また裁判所の判断に既判力が生じた場合であっても、民法115条その他の法律上の特則が存在する場合を除いて、他の訴訟にその既判力が拡張され、裁判所の判断がそれに拘束されるものではない。弁論主義の原則の下に裁判所の判断資料が、訴訟当事者から提出されるものに限られ、その意味でそれぞれの訴訟に特有のものであることも、このような民事訴訟の目的と基本構造を反映したものである。

この点を踏まえれば、主債務履行請求訴訟と保証債務履行請求訴訟において、主債務の存否についての判断が食い違ったとしても、それは主債務者と保証人とを必要的共同訴訟人とせず、また主債務者を当事者とする判決の効力が保証人に拡張されないことの結果に過ぎず、何ら問題とするに足りない。

## 2. 保証債務の付従性

控訴人は、保証債務の付従性から、既に主債務の不存在が既判力をもって確定されている場合に、なお保証債務の存在が認められるような事態の発生は、できる限り避けるべきであると主張する。しかし、保証債務の付従性とは、あくまで主債務と保証債務との間の関係に関する実体法上の規律であり、それぞれが別個の債務である以上、当事者の訴訟追行の結果を反映して、裁判所が、主債務についてはその不存在を、保証債務については、主債務の存在を前提としてその存在を認定することを妨げるものではない。

## 3. 既判力の拡張との関係

訴訟物に関する処分権主義や法律要件事実に関する主張責任の考え方を前提として、現行法は、既判力が原則として訴訟当事者間にのみ生じるものとして、その例外を一定範囲に法定している。これは、訴訟物に関する裁判所の判断が当事者の攻撃防御の結果にもとづくものであり、したがって、訴訟手続上の手続保障の対象とならない第三者については、既判力を拡張すべきではないという考え方にもとづいて



いる。既判力の拡張は、それが第三者の不利になる場合には、その第三者の手續保障を、それが第三者の有利になる場合には、相手方当事者の手續保障を行わないままに、判決効による拘束を受忍させる結果になるであるから、そのような結果を生じさせることに合理性が存在するという立法者の判断がなされる場合のみに正当化される。

既判力の主観的範囲に関する規律は、このような趣旨に沿って理解されなければならない。単に論理的に矛盾する結果を避ける目的で、既判力を第三者に拡張し、または既判力に類する効力を第三者に及ぼすことは、民事訴訟手續の基本構造と抵触するといわざるをえない。

#### 4. 反射効理論

いわゆる反射効理論として、本件のような場合を含めて、既判力に類する拘束力を認める有力説が存在することは事実であるが、近時は、学説上でも反射効否定説も多く、反射効理論が学界の通説や多数説であるとは到底いえない状況にある。

反射効理論の実際上の根拠としては、これを認めないと、本件のような事案において敗訴した保証人から勝訴した主債務者への求償がなされ、主債務者がこれに応じなければならないのが不合理であるとか、いったん主債務者に対して敗訴した債権者が、なお主債務の存在を前提として保証債務の履行を求めるのは不当であるなどと説かれるところである。しかし、訴訟における勝訴や敗訴は、当事者の訴訟追行にもとづく裁判所の判断によるものであり、客観的には存在するはずの権利が、十分な証拠収集をなしえなかったために不存在と判断されるなどの事態は、避けえないというべきである。反射効理論を認めた場合には、たとえば重要な証拠を入手することに失敗した債権者が主債務者に対して敗訴した場合に、後にその証拠を入手しても保証人に対して勝訴することが不可能になるという結果を招きかねず、実体法上の権利それぞれについて裁判を受ける権利を保障するという、わが国民事司法の基本理念に背馳するおそれさえ存在する。

控訴人は、勝訴した主債務者が敗訴した保証人から求償請求を受けることが不合理であるというが、主債務者は保証によって利益を受けている以上、場合によってはこうした事態が生じることを受忍すべきであり、また、求償請求訴訟において勝訴すれば、主債務者は求償の負担を免れるのであるから、このような結果が不合理であるということとはできない。債権者についてみても、いったん主債務者に敗訴した債権者が保証人に対して勝訴する機会を認めることが不合理といえないことは、証拠収集の可能性について述べたことから明らかであろう。

#### 5. 従来判例との関係

最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁は、保証人が保証債務履行請求訴訟において、「主債務者勝訴の確定判決を援用することにより保証人勝訴の判決を導きうる」と解せられるにしても」と判示する。控訴人は、この判示部分をもって、本判決が一般論として反射効理論を肯定する余地を認めていると主張するが、そのような理解は正当なものとはいえない。なぜならば、ここでいわれる援用とは、確定判決の存在を主張することを意味するにとどまり、確定判決の既判力を援用することを意味するものではないからである。

すなわち、判旨は、保証人が主債務者勝訴の確定判決が存在する事実を主張し、同判決を書証として提出した場合、保証債務履行請求訴訟の受訴裁判所が同判決を有力な証拠として扱い、保証人を勝訴させる可能性があることを認めているに過ぎず、そのことは、書証の証拠能力について原則として制限が存在しないわが国においては、当然のことといわざるをえない。判旨が、「保証人勝訴の判決を導きうる」として、勝訴の可能性を認めるにとどめているのは、このことを意味する。したがって、受訴裁判所が、訴訟の経緯などを考慮して、主債務者勝訴の確定判決の証明力を低いものとみなす場合には、たとえ確定判決が存在するからといって、保証人勝訴との結論が導かれるとはい

えない。このことは、最判昭和53年3月23日判時886号35頁の判示からも理解されよう。

また、上記53年判決は、不真正連帯債務者の一人によって相殺の意思表示がなされた場合に、それが不法行為にもとづく損害賠償請求権を受働債権とするものであり、民法509条によって禁じられるにもかかわらず、相殺の抗弁に関する既判力の結果として、債務消滅の効果が他の不真正連帯債務者についても生じることを判示しているに過ぎず、一般的に既判力にもとづく実体法上の効果が発生し、それが第三者にも拡張されることを認めるものではない。

#### 6. 主債務者勝訴判決の保証債務履行請求訴訟における意義

主債務と保証債務との間に実体法上の付従性が存在することから、主債務者勝訴判決を根拠として保証人勝訴判決を導くことができないことは、既に述べた通りである。債権者は、たとえ主債務者勝訴判決によって主債務者に対しては、その債務の履行を求めえない状態になったときでも、保証人に対しては、主債務の存在を主張することを妨げられるものではない。もちろん、主債務者による弁済や相殺のような債務消滅原因事実が主債務者勝訴判決において認められ、保証債務履行請求訴訟においてその判決が証拠としての価値を認められる場合があることは否定できないが、それは受訴裁判所の自由心証に委ねられるべき問題であり、控訴人が説く反射効理論のように、既判力類似のものとして受訴裁判所の判断を拘束すべきものではない。

以上

この解答例のポイントだけを申し上げますと、昭和51年判決は「主債務者勝訴の確定判決を援用することにより保証人勝訴の判決を導きうると解せられるにしても」と判示しており、控訴人はこの判示部分をもって反射効を認める余地があると主張しているが、それは正当ではないというところにあります。「なぜならば、ここでいわれる援用とは、確定判決の存在を

主張することを意味するにとどまり、確定判決の既判力を援用することを意味するものではないからである。すなわち、判旨は、保証人が主債務者勝訴の確定判決が存在する事実を主張し、同判決を書証として提出した場合、保証債務履行請求訴訟の受訴裁判所が同判決を有力な証拠として扱い、保証人を勝訴させる可能性があることを認めているに過ぎず、そのことは、書証の証拠能力について原則として制限が存在しないわが国においては、当然のことといわざるをえない。判旨が、『保証人勝訴の判決を導きうる』として、勝訴の可能性を認めるにとどめているのは、このことを意味する。』このようにY側としては、同判決についてこのような読み方をすべきであるという議論を展開しているわけです。

そろそろ与えていただいた時間が尽きようとしております。本日の演題は「法科大学院における民事訴訟法教育のあり方」という立派なものでございますが、お話し申し上げたところは、私自身の貧しい教育実践の内容でしかありません。ただ、30年以上にわたって民事訴訟法教育を本務としてきた者にとって、この2年間は、改めて自らの教育の質を問い直さざるを得なかったように感じます。このように申しますと、これまで30年余りの受講生諸君に対して申し訳なく感じる次第ですが、皆様方からの御教示を始め、各方面からの御叱正を受けて、今後いっそうの努力を積み重ねたいと存じます。

長時間、御傾聴有り難うございました。

**伊藤滋夫（創価）**； どうも伊藤眞先生本当にありがとうございました。私がそんなことをいう立場ではありませんけれども、実に見事な授業をしていらっしゃる、まことに感銘をした次第であります。伊藤先生のレジユメの1ページのところに書いてあります三つの基本目的と、三つの基本方法というのは、実に具体的な教育の場において見事に実践されておられるということで、私はいろいろな面で教育の実践の場において、いま伊藤眞先生のおっしゃりましたことを指標として、一生懸命やっていきたいと思う

わけでございます。

それからこれは私のあるいは思い違いかもわかりませんが、星野先生のおっしゃったことと、伊藤眞先生のおっしゃったことは、私の視点からいえば、きわめて重要な点において一致していると思います。それは制度は何のためにあるのか、ということ、そしてどうしてそうなっているのか、ということです。そのことを星野先生は民法の面でおっしゃいました。そして、ある教科書の例を挙げられて、要件事実の思考方法というのは一つしかない、解答が一つしかないような印象を受けると、もしこの私のまとめ方が間違いであれば、後ほど星野先生からご修正をいただきたいと思うのでありますけれども、学説等のフォローをするときには非常にいろいろな考え方が出ているにもかかわらず、要件事実の解答という一つしかないと言っているように思われると、そういうご指摘があったような気がします。要件事実ということについてもいろいろな考え方があるのではないか、そういうことを考えるのが必要であって、なぜそうであるか、どうしてそうであるかということを基本にロースクールの教育がなされなければ、極めて技術的なものに陥るのではないかということをおっしゃり、基礎法学の重要性もご指摘いただきました。また今の伊藤眞先生のお話は、いろいろな判決がある、あるいはいろいろな学説があっても、判例のいろいろな言い回しの問題ですけれども、多面的にそれを見る能力が必要である。一つの視点に固定してあることの方面からしか考えられないということでは、優れた法曹になることはできない。いろいろな立場から、いろいろなものを正確に理解した上で、自分の独善ということではありませんけれども、正確に理解した上で、そのよって立つところの根本を考え、判示の内容を考えていけば、いろいろな考え方があり得るのだと、学生自身が考えて習得するのだと、そういうことをおっしゃいました。見事に両先生のおっしゃる基本的な見地は、いろいろな分野でおっしゃいましたけれども、一致しているように私には思われるのでございます。私は大変に伊藤先生のお話を感銘をし、教育実践の上でも、勉強の上でも活かしていきたい

いと思うところでございます。ちょっと司会がしゃべりすぎまして、これはお詫びをしないといけないところですが、両先生のお考えと私が今言ったことが違っておれば、この次の質疑応答の時間でご訂正をいただきたいと思ひます。

さてこれから15分位ご休憩いただいて、質疑応答を行いたいと存じます。先生方ありがとうございます。

〈休憩後、質疑応答〉

**伊藤滋夫（創価）**；それでは定刻になりましたので、ディスカッションと申しますか、質疑応答の時間に入らせていただきます。なるべく充実した時間を先生方とともに過ごしたいと思ひます。

まず、星野先生と、伊藤先生のお二人に対して共通して、創価大学の岩元教授からご質問があります。それを私が朗読をいたしまして、もし岩元教授の方で補足したいということがあればおっしゃっていただきたいと思ひます。

岩元教授から星野先生への質問です。「基礎法学、例えば、外国法などを必須科目とするべきか。絶対的時間不足の中で対応できるか。選択科目とすることも可能か。」ということでありまして、それと関連しているかは分かりませんが、ご質問の表現では、必ずしも当然に関連しているともいえないのですけれども、ご質問をお出しになったのは法哲学の先生でいらっしゃると思いますので、内容が実質的に関連しているかなと思ひまして、続けて読ませていただきます。創価大学の松岡教授からの質問です。「新しい法曹教育においてどんなカリキュラム、特に創価大学のカリキュラムをご覧になって、感じられるでしょうか。」これは星野先生、伊藤先生両方に対するご質問であります。

先ほどの岩元教授からは、伊藤眞先生に対して、「解答は学生に配布する（メールなどでのアクセス可能にする）のですか。学生の提出したレポート

の取扱について、サンプルとして開示される、匿名性などの確保の配慮などはどうしておられますか。レポートはどの程度授業前に読まれるのか。」という質問です。ではどういうご順序でも結構ですが、岩元先生、松岡先生何か補足はございますでしょうか。松岡先生どうぞ。

**松岡誠（創価）**；どうも貴重な時間、また大変すばらしい講演ありがとうございました。その講演のもっと内容に即した質問をしたいところなのですが、私の専門は、法哲学でもありますので、もう少し大きなこういう法科大学院におけるカリキュラムの問題について、両先生お揃いでいらっしやいましたので、この際は是非お聞きしたいと思います。

先ほどの岩元先生の質問とも重なりますが、例えば創価大学のカリキュラムがパンフレットに掲載してございますが、あるいは本学のカリキュラムではなくても、一般に法科大学院それぞれのお立場の中で、この科目は絶対必要だ、あるいはこういうネーミングは必要だ、あるいはこのぐらいの量が必要だ、ということも含めてお聞きをしたいわけです。星野先生には、民法でもございますが同時に基礎法的な問題も、とりわけいわゆる実定法科目以外の中でどういうところを中心に、あるいは重要というふうに思っておられるか、あるいはネーミングも含めて是非お教えをいただきたいと思ひますし、伊藤眞先生にはご専門の中の、あるいは民事訴訟法とか民法の中で、もう少しこの辺を中心にすべきだというご提案があればそれもお聞きしたいということでございます。それだけでも結構ですし、もし創価大学のカリキュラムも含めましてご教授いただけますればありがたいと存じます。そういう質問でございます。よろしくお願ひいたします。

**伊藤滋夫（創価）**；岩元先生はよろしいですか。では恐れ入りますが、創価大学のカリキュラムは今日始めてパンフレットでお渡ししたものですから、事前にお送りしておけば良かったのですが、恐れ入ります。

星野英一（東京）；では、最初は岩元先生のご質問にお答えいたします。伊藤滋夫先生と一緒にやった『基礎法学と実定法学の協働』という本の座談会の部分では、2つのことが言われました。1つは、法社会学の六本さんをはじめとして、割合早い段階で基礎法学の教育をした方が良い、と言われていることが一つのポイントかと思います。もう一つは、例えば法社会学とか、基礎法学を教えることによって、ものの考え方の多様性を教えるのが良い。その上で実定法を教えるのが良いと言われました。しかし、それらの問題は、法科大学院の教育に限らないと思います。この二つの問題が岩元先生のご質問の基本にあるように理解しました。ただ、岩元先生がおっしゃっていた時間がないのではないかということは、私もそのとおりではないかと思います。そこで、法科大学院でどういう授業をしたら良いかという問題に関係してきます。私は、先に申したとおり、別に法哲学、法社会学、あるいは外国法という名前で、2単位とか4単位とかの授業をする必要がないのではないかと感じております。以前、どこの主催だったかも記憶がないのですが、早稲田大学の小野講堂だと記憶しておりますけれど、この問題を検討したシンポジウムがありました。そこで、学習院大学の沖野眞己教授がおっしゃったことですが、基礎法学は必要だけれども、そのような特別の講義をすることによってではなくて、民法なら民法の講義に、民法の先生と、法哲学、法社会学の先生などが出て、一緒に授業をするほうが良いのではないかと言われました。私はそれに賛成でして、実定法学をやっている者の言い分かもしれませんが、特に法科大学院の授業としてはそれも一つのやり方として良いのではないかと考えております。

もう一つは、自習を中心とすることです。自分のことになって申し訳ないのですが、放送大学ということもあって、私の書いた放送大学のテキスト『民法一 財産法』『家族法』（共に放送大学教育振興会、1994）はそういうものになっておりますが、あまり解釈論はやらないで、それぞれの制度がどういう歴史の中で、どういう背景、どういう考え方の元でできたのか、今日どういう問題があるか、ということを専ら書いています。そのヒント



となったのは、戒能通孝先生が書かれた『民法学概論』（日本評論社、1956）という一冊の本です。私は当時それに大変感銘を受けたので、そういった方向で書かれたもので、日本でも恐らく初めての試みではないかと思えます。なにぶん一つには短いということもあり、一つには一方でそういう部分が多いのですが、他方ではかなり現行制度の簡単な説明があり、こちらの部分はそれほど新味がないと感じました。

そこで放送大学のテキストは一つのモデルとして、一般の人向けに徹底したものを書いてみたのです。しかしその後、法科大学院のようにテクニカルなものにある程度重点を置くコースにおいては、既存の制度や概念を前提としてその動かし方、使い方を教え、学ぶだけでなく、制度、概念そもその歴史的、比較法的、社会的意味、もっと言えば、相対性についての認識が必要で、そういう教育・学習も併せてやっておくべきだという意味から、むしろ法科大学院で役に立つのではないかと考えるに至りました。この本は絶版になっておりますけれども、近々手を入れて再版する予定です。ということは、うまいテキストができれば、それを自習してもらっただけでもよいのかもしれないということです。もっとも、日本ではほんの第一着手ですから、今後の修正が必要です。

最後に、今拝見しております、創価大学法科大学院のカリキュラムは割合良くできていると思ったのですが、特に「実定法と基礎法」という講義です。そういう講義で、基礎法学と呼ばれている法社会学、法哲学、外国法、法制史その四つについて、4人の先生にそれぞれの考え方の特色について述べてもらう、また4人の先生のシンポジウムのような形で学生を交えて質疑応答するといった形がとれるのではないかと思いました。実定法学者から見ると、基礎法学中のそれぞれの科目で頑張ってやられても困るので、基礎法学の中のそれぞれの学問の独自性をあまり主張されてしまっただけでは困る感じます。例えば法社会学にも、いろいろな考え方や流派、学派があります。外国法の扱いも難しいですね。今後は「法と経済」とか、「法心理学」なども入るべきかもしれません。要するに解釈法学——それさ

え、方法論論争があるのですが — だけでなく、法を広く深く眺め、現行法を相対化する視点を持たないと、ただの技術家の養成になってしまいます。ですから、今のような形で全体を例えば4単位くらいにして必修科目としてやるのが一つの大変よいやり方ではないかと感じております。その点で、この科目は大変良いと思っております。

**伊藤滋夫（創価）**；どうもありがとうございます。伊藤先生お願いします。

**伊藤眞（東京）**；これは私自身の教育経験からもそうですし、それから恐らく法科大学院の教育をされている方にとっては、共通の問題かと思いますが、やはり新司法試験との関係で、どうしても学生は、新司法試験の科目のみに集中して勉強する、という傾向は広く見られるようであります。それをそのまま放置していると、結局現行司法試験の弊害としていわれてきたようなことがそのまま新司法試験に受け継がれるということになるのを恐れているのでありまして、その問題を考える上でも、新司法試験の科目はもちろんですが、基礎にある基礎法学の教育が果たすべき役割というのは非常に大きいのではないかと考えております。

具体的に申しますと、特に私の担当しております、未修者を対象とする科目ですけれども、これを見てみますと、もちろん出身としてはいろいろなバックグラウンドがあるわけです。もちろん人による個性の差はありますけれども、非常におおざっぱに言うと、理系の人というのは分析力が非常に優れている人が多いと思います。それに対して、分析力という意味では、ややファジーなところで、まあこの程度だろうというところで終わってしまう傾向がありますが、他方表現力とか構成力についてみると、やはりそれは文系の人の方が優れているように思います。従って、文系の人については教室での授業を通じて分析力を育てていくというのはこちらの課題になりますけれども、逆に理系の人にとっては文章力、あるいは表現力、構成力と、これを作っていくのが一番大きなもので、それは決して実定法

の教育の教室の中だけではできないのです。法というものの基本的な考え方だとか視点だとか、あるいはそれをどういうふうに言葉で表現するだとか、そういうことがないとどうしても深みのある表現や構成というものができないものですから、その意味で私は、法科大学院教育の比較的初期の段階で、基礎法学的な教育を是非学生全員にさせていただきたいというふうに考えております。その意味でも、創価大学法科大学院のカリキュラム自体についてはいま拝見したばかりで、あまり意見を申し上げるような立場にございませんけれども、一般論としてはそのような考え方を持っております。以上でございます。

**伊藤滋夫（創価）**； どうもありがとうございました。それでは、今のご質問については、両先生からお答えいただいたということですが、質問者の先生方よろしゅうございますでしょうか。

次に星野先生に創価大学の嘉多山先生から質問がございます。私が朗読をいたしますので何か補足がありましたらおっしゃっていただきたいと思えます。

「法科大学院設立後の法学部教育の意義について、それを積極的に考察することの必要性を指摘していただきました。他方、法科大学院には他学部出身者、社会人経験者を一定割合入学させることが求められており、現に多様なバックグラウンドをもった学生が多く就学しています。彼らに対して専ら法技術のみを教育することは好ましいあり方ではないということについては、先生のご講演の中に解答が含まれていたように思います。さらに、より積極的に彼らの存在をどのように受け止めることが可能か、受け止めるべきかという点について、放送大学等での貴重なご経験に照らしてのお考えをお示しいただければ幸いです。」では星野先生よろしく願いたします。

**星野英一（東京）**； 彼らというのは、法学部以外の学生でございますか。そ

れで受け止めるということの意味ですが、少しご質問をご敷衍していただけると分かりやすいのですけれど。

**嘉多山宗（創価）**；嘉多山でございます。これまで法学部を卒業し、そして司法試験を受験して法曹になるという方が、やはり多かったと思われまます。今回の法科大学院の設立によって、先ほど伊藤先生のお話の中にもありましたように、多様なバックグラウンドをもった学生が多く入ってくることになった。それは、授業をやっている感じが、私は法学部での教授経験がありませんけれども、法学部生にとっても非常に大きなメリットがあるというふうに考えて、実感をしているわけです。先ほどの星野先生からのお話で、法科大学院における民法教育というのはどういうふうにあるべきなのかという点についての総論的なお話をいただいて、その中で、彼らに、仮に期間が短いとしても、専ら技術的なことだけを教えるというのは、恐らく適切ではないという点については、大変感銘をいたしました。その上で、実際にこれまではないそのようなバックグラウンドを持った学生がいるという教育環境の中で、それをどのように積極的に活かして、より望ましい法曹教育というのをするかという点について何かご示唆をいただければというふうに思った次第です。

**星野英一（東京）**；正確なお答えになるかどうかわかりませんが、法学部以外の学部出身の学生の存在自体は非常によいことだと思います。私の率直な感想は、これも確か伊藤滋夫先生と話した『基礎法学と実定法学との協働』の座談会の中で言っているのですけれども、法学部を出てきた学生にどう教えるかというのは、比較的簡単だと思います。しかし、法学部出身以外の学生の教育をどうするかの方が大変難しい。いわゆる未修者の一年生ですね。法学の基礎がないことのほか、それぞれの法に対する見方が違うということがあります。私の個人的感想ですが、理科系の先生がかえって法律に対して非常に堅い考え方持っている。例えば大学の規則

についても、「こう書いてあるではないですか。」と反論してこられる。そうすると我々の方が柔軟に目的論的解釈や、立法者意思による解釈をして、言葉通りに解釈してはいけないなどと説明したりする。しかし中々通じにくいですね。法律とは堅いものだと思込んでいる。

放送大学での経験からしますと、一般の人はやや違った角度から法律は堅苦しい、率直に言って、嫌なものだという印象を持っている人が多いのです。私は法学入門という授業を5年間で10回位試験をやりました。その際、素人向けの法学入門でそんな細かいことを聞いても仕方がないので、毎回、あなたはこの法学入門を聞いて何か感想があったら書いてくださいとか、特に法学というものに対して、この講義を聞く前はどう思っていたのか、聞いた後はどう変わったか、それはなぜか、といった問題を出しました。そうしますと、大体予想はしていたものの、やはりびっくりしました。法律というのは何となく堅苦しくて、嫌なものだ、できれば避けたいものだ、と思っていた人が、半分以上います。法律とは血も涙もないものだと思っていたと書いている人さえあります。

ところが、「法化現象」といわれて、法律を使って社会関係を規律することにますますなると、法律を単に道具として使うという考え方が増えてくる恐れがあります。既に世の中には、例えば借家人の心得といった本が山のようにあります。要するにハウツーだけ書いてあるわけです。法律というのはそのハウツーの元になるものだ、ということで、自分らの利益のために使い、危ないと思ったら逃げる。そういうテクニックを覚えるのが法律の学習だというふうに考えるようになると、法律の価値の低下になると思います。

やはり法律というのは、社会の基礎原理を構成してしており、社会における行為規範という面も強い、要するに社会を良くするためのものだと考えてもらわなくてはいけない。そして、それをいっそう良いものにするように努めるのが民主主義における国民の仕事だ、と考えてもらう必要がある。法律というものは人が作ったもので、人のためにあるし、自分もその

作り手、担い手であることをわかってもらうのが基本的な問題だと思います。

インテリつまり大学を出た人を含めて、一般の人たちの考え方を变えてもらうことが非常に大事だと思います。

他のことをやってきた人の問題ですが、一方で今のような危険がある。他方、その人たちはそれなりに人生経験を積んでいるのですね。だから、それを生かすとしたら、やはり法とか法学の社会や人間のにとっての本当の意味をわかってもらうことにより、共通の基盤が出来るのかなどと、甘いことを考えています。又自分の事ですが、『民法のすすめ』を読んだ人で、法律がこういうものなら、もっと早くから関心を持つことができた、と言ってくださった方がありました。

一つ感じているのは、これまで、我々法学教師自体が、法律に対する狭い見方を持っていて、法律とは特別な技術だ、普通の人にはわからない、と言っている傾向があったことです。これではますます一般の人が法律を特別なものと考えてしまう。そのようなものとしての法学を学ぶつもりの人には、やはり基礎的な考え方を变えてもらわなければならない。我々自身の反省に立ち、違った学歴・経歴の人々のセンスに敏感である、ということが要求されていると思います。教職にない者の第三者的感想ですが、今の問題は、そういう人たちに対する教育方法ということを超えて、日本の法学に反省を迫るものを含んでいると感じます。

**伊藤滋夫（創価）**；それでは、伊藤先生も基本民訴ということで、未修者もお持ちで、先程来いろいろとご工夫があるように思いますので、基本は共通の問題があると思いますので、ご教授をいただければと思います。私が勝手に質問者の意図を推測いたしまして、お尋ねいたします。

**伊藤眞（東京）**；一つは先ほど、理系出身の人と文系出身の人ということ、お話をしたことが一つと、それからもう一つは授業の方法に関するこ

とですが、今の伊藤滋夫先生のご質問とずれてしまって、むしろ他のご質問との関係になるのかもしれませんが、先ほど私は設例と解答例を使ってこんな授業をしていますというお話をしましたけれども、あれは実を言うと、三分の一くらいです。1時間私どもは100分ですけれども、その内の40分位です。残りの時間はいわゆる講義方式で、特に基本科目の方、未修者の方は、やはり訴訟物というのはこういうものだとか、それはもちろん教科書には書いてはあるのですけれども、なかなかそれを読んでみんなすぐ分かるようなものではないですから、訴訟物とはこういうものだとか、訴権とはこういうものだとか、という話を大体三分の二位はその話をして、それと組み合わせる形で先ほどのようなことをやっていて、講義方式の良いところと、それから学生に自分で考えさせるという方式の良いところを自分なりに組み合わせてやっている。そんなところが実情でございます。

**伊藤滋夫（創価）**；ありがとうございます。それではあと一つ星野先生に対するご質問がございまして、その後は伊藤先生に対するご質問として一つ独立と思われまふけれども、あとは大体共通したような具体的な実施方法というようなことのようなので、質問はたくさん残っているようですが、時間的にはそんなに押しているとは思いません。

まず星野先生に対して、創価大学の藤井教授からのご質問ですが、ちょっとこれは口頭でおっしゃっていただいた方が、お尋ねになりたい真意というのがわかるように思いますがいかがでございましょうか。

**藤井俊二（創価）**；今日は、先生に感銘深いご講義をいただきましてありがとうございます。私の質問は簡単なことなのですが、実は未修者の民法を担当しておりますいつも悩むことは、星野先生がレジュメの最後の方で書かれた、いわゆる「ソクラテスメソッド」というものをどのようにしてやっていったら良いかというようなことです。法典国において、どういふうにこれを使っていくのかということを常に悩むわけでありまして、私

が留学したドイツなどでも大体講義で授業をやっておりまして、アメリカに行くとロースクールを見ますと、対話方式の授業をされていたわけですが、判例法の国であるアメリカと、法典国であるドイツとでは講義の仕方が違ったりしまして、私も伝統的に講義をしてきましたものですから、なかなか対話方式というのがうまくやれないというところが悩みであります。先生のレジュメに書かれておりましたけれども、触れられていなかったようなので、補充して説明していただけたらありがたいと思います。

**星野英一（東京）**；おっしゃる通りだと考えています。法典国の場合には、私はフランスにしか行っておりませんが、今、伊藤眞さんがおっしゃったように、講義が中心で、ソクラテスメソッドともいえないような、日本で言えば中学、高校の授業のようなものが演習 (travaux pratiques) として必須になっています。学生に当てて答えさせたりしながら授業を進め、毎回毎回レポートを出させて、添削をして返すというようなことをやっていました。ですから法典国の場合には、基本的にはある程度の各法律の梗概といいますか、体系的な簡単な説明がどうしても必要ではないかと思えます。それを前提としてソクラテスメソッドの演習をするのがよいと思えます。私自身の経験を申させていただきますと、東大において、三ヶ月章先生、加藤一郎先生などがその方式の演習をやっておられたので私も最高裁判決を中心に判例研究をやってみたのです。それ以来東大だけで20年以上やってきました。あとの大学でもそれをやってきました。あわせれば30年以上やっていますが、なんとか自分なりにうまくできるなと思ったのは、東大の定年の数年前です。ここにいらっしゃる桐ヶ谷研究科長の頃は、へたなものでした。やり方はどの方も同じで、席を予め決めておいて、名簿を持っていて当てる、なるべく同じ人には当たらないように、名簿に印をつけておきます。それも、事案の説明と法律問題の検討とが公平に当たるようにしています。難しいのは、思いがけない答えが出てきた場合に、とっ



さに考えて対応することです。正解がはっきりしている場合でも、正解を答えたからすぐOKにするのではなく、その根拠を問い詰めていく、あるいはこういう反対説はないか、と聞いてゆくなど、出来る学生にはそれなりに突っ込んで考えさせる。特にどの条文のどういう解釈によってそうなるのかをやかましく聞きます。間違った答えをした者にも自分で正解に達するようにあちこちからヒントを与える。終始話を動かしている必要があります。そもそも事前に、まずどういう質問をし、次にどういう質問をするといったことを考えておかなければなりません。

もう一つ、条文の組合せの論理をきちんと辿ることの例としては、民法96条に関係するものを時々使いました。不動産の売買をしたが売主Aが意思表示を取り消した、しかし買主Bがその不動産を第三者Cに売って登記をした場合に、最初の売主Aと、買主Cの関係はどうなるかという、例の問題です。いわゆるよく出来る学生は、すぐにAの取消とBCの売買との先後によって変わる、といった判例や教科書に書いてある結論を述べます。そこでどうしてそういうことになるのかを、取消の効力から説明させると、大抵の学生は参ります。取消によってなぜ所有権がAのものになるのか聞きます。そうすると、なかなか答えられません。取消の遡及効を定めた民法121条まではわかる。しかし、それは「行為」が遡って無効になるので、所有権はどうなるの、と聞くと、語ります。それは一つの考え方によっているからですね。ドイツ民法によれば所有権は当然には戻らないわけです。物権行為の無因性という考え方を採っているからですね。これは一つの立法的な決断によってそうなっているのです。日本はどうかと聞いて、物権変動の有因性は、物権の復帰的変動についても同じように考える、という解釈論が入らなければ論理が繋がらないことを示す。フランス法式の考え方ですね。かくてBはCに売った時には所有権者でなかったから、BはCに自分の所有物でないものを売ったことになる。しかし、だからといってCには所有権は行っていないと、直に言えるかと、聞きます。まず、BC間の契約はどうなるのと聞きます。そうすると無効ですなどという答え

が出たりする。そこで他人の物の売買は無効なの、と聞く。そうすると民法560条に気がつく人もいるし、気がつかない人もいる。さて、そこで所有権はどうなるかと聞く。自分の所有物でない物を売っても所有権は移転しないという答えが出るでしょう。しかし、なぜそうかと聞きます。これは、民法の条文にはないことなのです。しかし、「何人も自分の持っている以上の権利を他人に移すことはできない」、というローマ法以来の考え方が今日の日本でも大原則になっているからです。—— ついでながらこの原則は我妻先生の民法の講義でも伺わなかったか、聞き漏らしたかで、これを教えられたのは、ローマ法の講義と、ドイツ法の講義でした。—— ここで話を少し広げると、民法典の中には、条文に書かれていない大事な原則がかなりあると教えるのです（星野「条文にない民法の原則」『民法のもう一つの学び方』有斐閣、2002年所収）。

これは結局、法制史や、比較法の勉強の必要性を教えることです。また、これは物権変動や売買契約の問題でもあって、ある程度知っていなければ授業ができないわけです。民法の色々な部分がある程度勉強した後でないと、ソクラテスメソッドではうまくゆかないのではないかと思います。もう一つ、では自分の物でない物を売ったときには、どんな場合でも買主に所有権は移転していないのと聞きます。ここで民法192条、さらには有価証券まで思い出してもらおうことになり、では不動産の場合にはどうして動産と違っているのか、と突っ込んでいって、フランス法とドイツ・スイス法の違いを示したりするのです。ここでようやく、 $B \rightarrow A$ の物権復帰、 $B \rightarrow C$ の売買を民法177条の問題とする考え方や、民法94条2項を類推してCの信頼を保護する考え方に辿り付くのです。良く出来る学生ほど、本に書いてあることをただ丸のみにして、いきなりここに持ってきたりするので、基本から叩き込む必要があると考えています。他方、あまり覚えていない学生でもわかりませんなどと答えると、一体この問題はどの制度に関する問題だと聞いて、君の知っている民法の制度の中で、今の問題と似た問題はないのかといったようにヒントを与えたり、その問題について条文はど

うなっているのか、条文はどう解釈されてるか、というように、自分の持っている僅かな知識からでも自分で考えて結論を出していくことを教える。条文からの三段論法を積み重ねていくことを教えるようにしてきました。

もう一つ私が重視していたのは、事実認定の問題です。これはむしろ実務家の方には当然のことですが、学生にとっては難しい。最高裁判決を取り上げる場合も、まず一審判決から読んで、原告の主張、被告の主張、その根拠と裁判所の認定事実と判決の結論と理由というふうに聞き、控訴審についても、どの部分が控訴されたか、その理由と被控訴人の反論、控訴審判決の結論と理由、上告理由、上告審判決の結論と理由、という順序で聞いてゆきました。一審判決だけを扱った場合としては、「いじめ事件」や「隣人訴訟」が適当だと思いました。千葉大学の民法の最初の時間、東大「法学」（法学入門です）の最初の時間にこれを取り上げましたし、放送大学の演習では必ずこれを最初に扱いました。この判決はやればやるほど難しいので、私の不明ですが毎年少しずつ分かっていくように思いました。あの判決の事実認定はものすごく微妙なのですね。そしてさらに、あの事件は、結局法社会学、日本人の法意識、比較法、隣人関係についての社会倫理につながるのです。一つの判決にもそういう広がりがあることもわかってもらえる。

〈後記：以下かなり話していますが、問題点の詳しいことは、私自身『隣人訴訟と法の役割』有斐閣で述べているので、頁の関係で省略します。事実認定に関する一点だけを書いておきます。〉

とにかく事実認定は難しい。判決を見る場合にどういう事実認定をしているかを正確に見ていかなければいけないことを強調しました。あの事件では、契約成立の有無が問題になっていますが原告が「よろしく頼む」と言ったのに対し、被告は子供たちが遊んでいるから大丈夫でしょう、と言って「これをうけた」というのが認定された事実です。これは契約成立の条件である申込と承諾にあたるかというこでしょう。

この判決を書いた裁判官は、実にうまいと感じています。日本の裁判官

一般につき、事実認定がうまいとってよいでしょうか。

この判決を外国語に訳すときに、この「うけた」という認定を、acceptと訳したら、もう契約が成立したことになってしまいます。acceptanceは承諾という意味になりますから。それでは契約があるじゃないか、と言うでしょう。私は学生に、「うけた」をどう訳すかと聞くと、やはりacceptと答える人が結構います。そこで今のことを言うと、皆困るのですが、まあ、replyとかanswerとか、sayくらいでよいかもしれない。とにかく日本の裁判所の事実認定は、既に法律適用の結果を予想させるような、うまいやり方をする、と感じています。こんなことを言って、事実認定の重要性の一例としてしまいました。

未修者の一年次生の問題ですが、要件事実論の教育というときに、なにが、あるいはどの程度の教育が考えられているのかによるのでしょうか。しかし、大雑把に言えば、未修者に一年間で民法の大略を教えるだけでもかなり無理があるので、ましてそこまではどうかと感じます。ただ、私の理解が間違っていないならば、伊藤滋夫先生の言われるように要するに民法の解釈の問題だとなるので、例えば債務不履行における「責に帰すべき事由」につき、それがいない場合に責任を負わない、いわば消極要件だ、といったあたりをきちんと教えておくことがよいのではないかと考えています。恐らく伊藤滋夫先生なら、要件事実論を未修一年生の民法にも上手く入れられるのですが、私にはこの程度のことしか申せません。

**伊藤滋夫（創価）**； どうも時間が迫って参りまして申し訳ありません。それではあと伊藤先生に対するご質問が幾つかございます。最初に創価大学の小野淳彦教授からのご質問を朗読させていただきます。「上級民事訴訟法について、1セメスター15回の講義・テーマの概要、特に全体のバランスなどをお教え下さい。」

**伊藤眞（東京）**； 先ほど申しましたように、上級民事訴訟法については担当

教育4名で編集した、これは市販しているものではなくて、学内だけの教材を使っております。それは一応判決手続の最初から、上訴まで15くらいのテーマに関して判例等を、いわゆる教材集的に編集したものです。それを4人とも使っているのですが、使い方はそれぞれ多少の違いがございまして、私は必ずしも網羅的にやっております。というのは上級民事訴訟法というのは、もうすでに民訴についての基本的知識があることを前提としておりますので、何もテーマを全部網羅的に取り上げるというよりは、それぞれのテーマについて、より深い分析力、あるいは表現力等を育てるのが目的だと考えております。数としていえば、私の場合は、恐らく15回のテーマの取り上げるものの内、10位をやっているのではないかと思います。それは私の上級民事訴訟法という民事訴訟法の基礎的知識がある人の応用力を育てるのがその科目の目的だということからそのような授業をやっております。以上です。

**伊藤滋夫（創価）**；小野先生よろしゅうございますでしょうか。どうもありがとうございます。それでは残りの伊藤先生へのご質問をまとめてお答えいただければと思います。まず静岡大学の伊藤博史先生、弁護士でもられるのですが、伊藤博史先生から、「伊藤眞先生のレジュメの①、④について、それぞれどれぐらいの時間をかけておられますか。」それから中央大学の川崎直人先生、川崎先生も弁護士でありますけれども、伊藤眞先生に対するご質問として、「解答例そのものを学生に渡されておりますか」という質問でございます。それから先ほどちょっと星野先生に対するご質問とご一緒のご質問だったものですから、あるいはそのままになっていたような気もするのですが、創価大学の岩元隆教授からのご質問で、「解答は学生に配付する、メールなどでのアクセス可能にするのですか。学生の提出したレポートの取扱について、サンプルとして開示している答案の匿名性の確保などの配慮などはどのようにしておられますか、レポートはどの程度授業前にお読みになりますか。」岩元先生これでよろしいでしょう

か。それぞれ他の先生方質問の補充はございませんでしょうか。よろしいでしょうか。では伊藤先生よろしく願いたします。これで質問は終了です。

**伊藤眞（東京）**；はいわかりました。最初の静岡大学の伊藤博史先生からのご質問で、設問についてどれぐらいの時間をかけているのかと、こういうことでございますが、それは基本科目と上級民事訴訟法の科目で違います。基本科目の方の、具体的には設問①でございますけれども、これは先ほど申しましたように、講義方式と組み合わせてやっておりますので、30～40分、せいぜいそのくらいで、あとは私の方から話すという形でやっております。それに対して、④の反射効の例ですが、これは上級民事訴訟法のものでありますので、もう少し時間をかけますし、かつ、全体としてみても講義方式で私が話すということはそれほど多くありません。ですから場合によっては別の設例と組み合わせて、1時間100分ですが、その間に二つぐらいの設例について検討をするという方式でやっております。伊藤博史先生のお答えについてはそういうことでよろしいでしょうか。

**伊藤博史（静岡）**；すいません。①および④という意味ではないのです。①ないし④という意味です。

**伊藤眞（東京）**；はいわかりました。②も同じです。②は基本科目の設例ですので、①と同じような取扱いだというふうにご理解下さい。それに対して、③は特許法における推定規定という、かなり難しい話からおわかりになりますように、これは上級民事訴訟法の設例ですので、④と同じような取扱いで、むしろこれを中心にして、100分の授業を組み立てると、そんな形でやっております。以上です。

**伊藤滋夫（創価）**；あとはレポートを授業前にどれぐらいご覧になりますか

とか、解答例をお渡しになりますかとか、学生のレポート等についての匿名性の確保等どのようにご工夫ですかとか、そのようなご質問がございました。

**伊藤眞（東京）**；中央大学の川崎先生、創価大学の岩元先生のご質問ですが、まず、解答例は学生に渡しております。設問は本当はもう少し早く送ればいいのですが、授業の数日前に私がメールで学生に送って、その解答をできれば書面で持参するように指示して、授業中に学生の作ったものと、それから私の解答例を先ほどの書画カメラを利用して、示して説明をします。それで授業が終わったあとで、解答例は学生に渡します。最初の年は、先ほどのカメラで写した紙を学生の幹事に渡して、みんなでコピーしろと言っていたのですが、だんだん学生も図々しくなって、先生今度はメールで授業終わった後に送って下さい、ということで、それも特に害害もないものですから、それに応じています。いずれにしても授業後に学生に全て、設問はもちろんですが、解答も配布しております。そうなると、余計なことですけれども、1年だけならいいのですけれども、同じ科目を2年、3年と担当するということになりますと、学生の間も、必然的にコミュニケーションがあるものですから、全く同じものを使うというわけにもいかず、かといって、そうこちらも種があるわけでもないわけですから、そのあたりが苦しいところで、若干の変更を加えながらその年々準備をしていると、そんな状況でございます。それから、学生が作ってきたものですが、これは基本的には私は事前に読むとか、あるいは事後に添削をすることかということをしていません。本当はそこまでやれば、非常に教員としては責務を果たしたことになるのでしょけれども、私もそこまでの時間的な余裕がないものですから、残念ながらやっています。ですから、学生に準備してこいとはいってありますが、実際に学生全員が準備してきたのかどうかということは確認していません。たまたま当たった学生で運の悪い人が、「先生すみません、今日は解答は作っていません」ということはよくご

ございます。そういう意味では、その場で当たった人に、あくまで強制はできませんから、自発的に提出してもらって、それを先ほどのカメラで拡大して、皆の議論の材料にする。その程度でございます。

**伊藤滋夫（創価）**；ご質問なされた先生方よろしゅうございますでしょうか。まだ他にもいろいろおありかと思えますし、私もそれこそ夜を徹してお聞きしたいような気もする非常に有益な、有意義な、かつ興味のあるお話を伺っておりますのですが、なにせ時間は有限でございますして、法科大学院が3年間と限られているのと同じでございます。5時15分になりますので、大変残念なのですが、このあたりで質疑応答は終了させていただきます。大変不手際な司会で、両先生にも、私として多々失礼な発言があったかと思えますが、どうぞお許し下さいませ。皆様ありがとうございました。

**黒木松男（創価）**；それでは最後になりますが、花見常幸法学部長より閉会のご挨拶を頂戴したいと思います。花見先生よろしくお願ひします。

**花見常幸（創価）**；只今ご紹介いただきました法学部長の花見でございます。本日はお忙しい中、また遠いところ、このように多数の先生方に来学をしていただきまして、長時間にわたる議論に加わっていただき、本当に充実した講演会となりましたことを、まず心より御礼申し上げたいと存じます。とりわけ星野英一先生、伊藤眞先生という、我が国の民事法学会を代表される両先生に、大変貴重な、そして含蓄に富んだご講演をいただきましたことは、本学だけではなく、全国の法科大学院にとって貴重な財産になるものと考えます。両先生に衷心より感謝申し上げたいと思ひます。ありがとうございました。

私の専門は憲法ですので、民事法の分野についてはいわば門外漢でございますが、法科大学院での新しい形の法曹教育に携わる者の一人として、私自身にとっても、両先生のお話は大変に示唆に富むものであり、大いに



勉強させていただいたと強く感じております。とくに星野先生のお話の中にあつた、法曹というのは単に法技術に長けているだけではだめであり、法の理念や法の政策についても十分な学識や能力を持つべきである、そのために法学部の教育が重要なのだというご指摘が大変印象に残りました。現在、本学の法学部でも、法科大学院設立後の法学部教育のあり方について再検討を行い、2007年度に向けて新しいカリキュラムを作り直す作業を続けているところですが、その点でも大変に重要な示唆を与えていただいたと感じた次第です。学部段階で、法の理念や立法政策などについて、どう教えていくべきなのか、本日のご講演を参考にさせていただきながら、今後さらに検討を進めて参りたいと思います。

法科大学院要件事実教育研究所は、本学の機関として、本日総合司会を務められた伊藤滋夫教授を中心に、法科大学院における要件事実教育の研究と実践に精力的に取り組んでいるわけですが、本日の大成功の講演会を契機として、さらにその活動を推進し大きく発展することを、本学の機関ではございますけれども、強く期待しているところであります。終わりに星野先生、伊藤先生をはじめとする、本日ご参加の先生方に重ねて御礼を申し上げます、簡単ではございますが閉会の挨拶とさせていただきますと存じます。本日は誠にありがとうございました。

以 上

## レジュメ

# 法科大学院における民法教育のあり方

星 野 英 一

問題：「学生が法科大学院を卒業するときはどういった能力をどの程度身に付けている必要があるのかという辺りをもう少しはっきりさせるべきかもしれません。」（道あゆみ〔座談会〕「新しい法科大学院をめぐって」ジュリスト1239号（2003）12頁の発言）

## I 前提の第一……「法科大学院」

### 1. 法科大学院の目的

「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 ―」（平成13年6月12日）Ⅲ 第1「放送要請制度の改革」2「法科大学院」（1）目的、理念、（2）「法科大学院制度の要点」〈資料1〉

「法曹教育に特化した実践的な教育を行なう学校教育法上の大学院」（資料1（2）ア「設置形態」）

「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」（平成14年法律第139号）〈資料2〉

「法曹に必要な学識及び能力を培うことを目的とする…」「法曹の要請のための中核的な教育機関」（2条1号）

\*\*\*両者のズレ？\*\*\*

### 2. 法科大学院における裁判実務的教育と基礎法学的教育

「司法制度改革審議会意見書」〈前掲資料1〉（2）エ「教育内容及び教育方法」「…連携等に関する法律」（2条1号）

### 3. 日本の民事判決文における事実認定と、条文を引用しないこと

村上淳一「転換期の法思考」同『システムと自己観察 フィクションとしての〈法〉』東京大学出版会（2000）〈初出1997〉

最判昭和62年1月22日民集41巻1号17頁（民法709条を適用したのか719条を適用したのか？）

4. 法科大学院終了者の将来の職業との関係における法科大学院の教育（司法試験合格者の人数との関係）

『法科大学院ハンドブック』法学教室276号別冊付録 72大学院の「（設立の趣旨、教育目標）……「ビジネス法の重視」「国際的視野」——「地域に求められる法曹」「ホーム・ロイヤー」——「社会福祉・消費者保護など個人にかかわる法律分野」「一般市民の生活感覚に敏感」

5. 法律家・法学部に対する一部の有力な見方

理念や法政策は政治家や行政官の仕事であり、そこで決まったことを法技術を用いて法案にすることだけが法律家の役割であるとする有力な見方の存在（書齋の窓2005. 9. 1、内田貴、星野の発言）

## II 前提の第二……「民法」

1. 民法とはなにか — 星野『民法のすすめ』岩波新書（1998）

法律を構成する3つの要素 — ①目的・理念・思想、②社会の実情、③言葉による技術

2. 民法の内容の種々の面 — ①日常生活の規範、②社会の基本的なあり方の定め —

その1；市場経済の基本法（constitution）、③その2；市民社会の基本法（同）、④基本的法律技術

3. 民法学とはなにををするものか — 星野「法学とはなにををする学問か」学術月報Vol. 47, No. 9（1994）〈『民法論集 第9巻』〉、「民法学の方法に関する覚書」〈『民法論集 第5巻』（初出1983）〉、「民法の解釈のしかたとその背景」法学教室95、97号（1988）、法律制度・規定が「なにか（what）なんのためか（why）、どうしてそのようになったか（how）」

の検討

### Ⅲ 法科大学院の民法の授業

1. なにを教えるべきか……ⅠとⅡの組合せ
2. 法学教育におけるコースに応じた教育の目的

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として —」  
岩波講座『現代の法 15 現代法学の思考と方法』(1997)〈同『法典・  
教育・法律学』1999(有斐閣)〉〈資料3〉

星野『法学入門』1995(放送大学教育振興会)、2「人の法・法律に対  
する見方・かかわりかた」、2「法律に対する内的視点」①法学者(社  
会科学的あるいは哲学的な検討をする場合)、②立法者、③企業法務家、  
④弁護士、⑤裁判官、⑥行政官、⑦法学者(法律解釈〔学〕をしてい  
る場合)、⑧検察官、⑨公証人・司法書士・裁判所書記官・執行官

3. 一応の結論

大村のいうA形＝法学部の実定法中心のコースとD型＝司法研修所に  
おける法学教育との中間か(「架橋」)? — 具体的に?

民法の教育の内容

基礎法学の教育の重要性 — 基礎法学そのものの授業と、実定法の  
授業の中に基礎法学の成果を取り入れた授業? — 伊藤滋夫編集『基  
礎法学と実定法学との協働』法曹養成実務入門講座別巻、信山社(2005)、  
星野『民法 — 財産法』法曹大学教育振興会(1994)、同『家族法』  
同。

民法の教育の方法 — ソクラティック・メソードの問題(法典国にお  
ける教育)

4. 要件事実論及び要件事実教育の意義と問題点

要件事実論の意義(日本私法学会シンポジウム「要件事実論と民法学  
との対話」私法68号(2006))

問題の幾つか

どの学年で、どのくらいの時間で、どの程度まで教えるか？ — 他  
の授業とのバランス

「こうなっている」と教えることの危険性 — ソクラティック・メソ  
ド？

〈資料1〉「月刊 司法改革 No.22」(2001年7月)より抜粋

## 2. 法科大学院

### (1) 目的、理念

#### ア 目的

法科大学院は、司法が21世紀の我が国社会において期待される役割を十全に果たすための人的基盤を確立することを目的とし、司法試験、司法修習と連携した基幹的な高度専門教育機関とする。

#### イ 教育理念

法科大学院における法曹養成教育の在り方は、理論的教育と実務的教育を架橋するものとして、公平性、開放性、多様性を旨としつつ、以下の基本的理念を統合的に実現するものでなければならない。

- ・ 「法の支配」の直接の担い手であり、「国民の社会生活上の医師」としての役割を期待される法曹に共通して必要とされる専門的資質・能力の習得と、かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性の涵養、向上を図る。
- ・ 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问题を解決していくため必要な法的分析能力や法的議論の能力等を育成する。
- ・ 先端的な法領域について基本的な理解を得させ、また、社会に生起す

る様々な問題に対して広い関心を持たせ、人間や社会の在り方に関する思索や実際的な見聞・体験を基礎として、法曹としての責任感や倫理観が涵養されるよう努めるとともに、実際に社会への貢献を行うための機会を提供しうるものとする。

#### ウ 制度設計の基本的考え方

法科大学院の制度設計に当たっては、前記のような教育理念の実現を図るとともに、以下の点を基本とする。

- ・ 法科大学院の設置については、適正な教育水準の確保を条件として、関係者の自発的創意を基本にしつつ、全国的な適正配置となるよう配慮すること
- ・ 法科大学院における教育内容については、学部での法学教育との関係を明確にすること
- ・ 新しい社会のニーズに応える幅広くかつ高度の専門的教育を行うとともに、実務との融合をも図る教育内容とすること
- ・ 法科大学院における教育は、少なくとも実務修習を別に実施することを前提としつつ、司法試験及び司法修習との有機的な連携を図るものとする

### (2) 法科大学院制度の要点

(中略)

#### エ 教育内容及び教育方法

- 法科大学院では、法理論教育を中心としつつ、実務教育の導入部分（例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分）をも併せて実施することとし、実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである。

〈資料2〉ジュリスト No.1239 (2003.2.15) より抜粋

**法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律**

(平成14年法律第139号)

(目的)

第1条 この法律は、法曹の養成に関し、その基本理念並びに次条第一号に規定する法科大学院における教育の充実、法科大学院における教育と司法試験及び司法修習生の修習との有機的連携の確保に関する事項その他の基本となる事項を定めることにより、高度の専門的な能力及び優れた資質を有する多数の法曹の養成を図り、もって司法制度を支える人的体制の充実強化に資することを目的とする。

(法曹養成の基本理念)

第2条 法曹の養成は、国の規制の撤廃又は緩和の一層の進展その他の内外の社会経済情勢の変化に伴い、より自由かつ公正な社会の形成を図る上で法及び司法の果たすべき役割がより重要なものとなり、多様かつ広範な国民の要請にこたえることができる高度の専門的な法律知識、幅広い教養、国際的な素養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた多数の法曹が求められていることにかんがみ、国の機関、大学その他の法曹の養成に関係する機関の密接な連携の下に、次に掲げる事項を基本として行われるものとする。

一 法科大学院（学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号）第六十五条第二項に規定する専門職大学院であって、法曹に必要な学識及び能力を培うことを目的とするものをいう。以下同じ。）において、法曹の養成のための中核的な教育機関として、各法科大学院の創意をもって、入学者の適性の適確な評価及び多様性の確保に配慮した公平な入学者選抜を行い、少人数による密度の高い授業により、将来の法曹としての実務に必要な学識及びその応用能力（弁論の能力を含む。次条第三

項において同じ。) 並びに法律に関する実務の基礎的素養<sup>かん</sup>を涵養するための理論的かつ実践的な教育を体系的に実施し、その上で厳格な成績評価及び修了の認定を行うこと。

〈資料3〉大村敦志『法典・教育・法律学』(有斐閣1999年)より  
抜粋

図2-1：法学教育の理念型

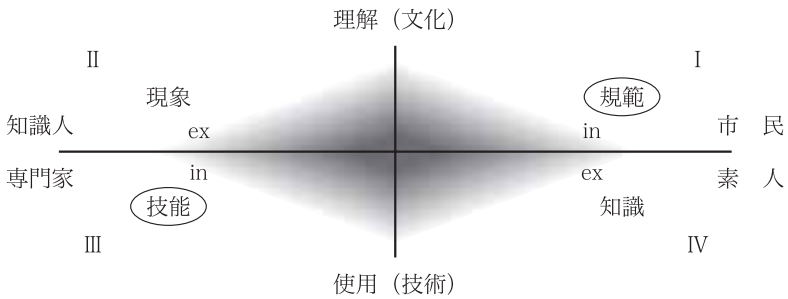
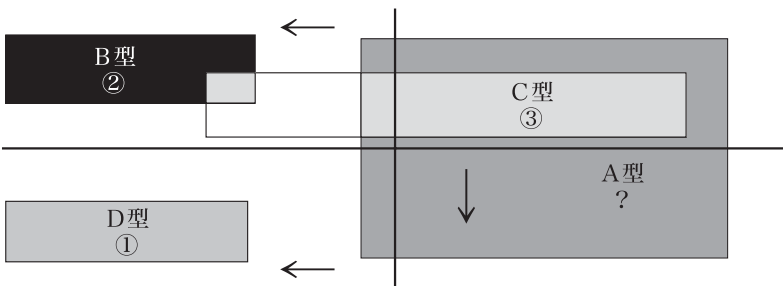


図2-2：現代日本の法学教育の現実類型





# 法科大学院における民事訴訟法教育のあり方

伊 藤 眞

## 1. はじめに

## 2. 教育目的と教育方法

3つの基本目的：

- (1) 手続の骨格を形作っている基本原理、たとえば訴権、訴訟法律関係、訴訟物、弁論主義、証明責任などの原理の内容を正確に理解させ、民事実務の基礎としてそれを応用できる力を身につけさせる。
- (2) 訴訟物と弁論主義の関係など、基本原理の相互関係を立体的に理解させる。
- (3) 実体法と手続法を一体のものとして理解させる。

3つの基本方法：

- (1) 学生自身に考えさせて修得させる。
- (2) 教員が模範を示す。
- (3) 常に法令の条文に即して議論をさせる。

## 3. 具体的教育内容

- (1) 実体法上の権利と訴訟手続による確定の必要 — 訴訟と非訟  
設問①

「離婚をめぐる紛争は、家事審判手続でのみ取扱い、人事訴訟手続では取り扱わないこととする立法、たとえば、民法770条1項柱書

を「夫婦の一方は、左の場合に限り、離婚の審判を申し立てることができる。」と改正し、それにあわせて、人事訴訟法2条1号から離婚の訴を削除し、家事審判法9条乙類の審判としてのみ裁判を行うべきであるとする立法論を考えよ。」

(2) 訴訟法律関係の考え方 — 当事者と裁判所の権利・義務  
設問②

「民事訴訟法92条の4の条文を読み、専門委員関与決定取消決定手続において、いかなる主体のいかなる権利義務が規定されているのかを明らかにせよ。」

民事訴訟法92条の4

「(専門委員の関与の決定の取消し)

第九十二条の四 裁判所は、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、専門委員を手続に関与させる決定を取り消すことができる。ただし、当事者双方の申立てがあるときは、これを取り消さなければならない。」

(3) 法律要件事実の手続上の意義 — 法律上の推定を材料として  
設問③

- (1) 特許権者Xは、YがXの許諾を得ることなく、その特許にかかる製造方法を用いて、製品を製造・販売し、Xに対して損害を与えたことを不法行為として、逸失利益を含む損害賠償請求訴訟を提起しようとしている。民法709条にもとづいてXの主張立証すべき請求原因事実を構成せよ。
- (2) 特許法103条の規定は、(1)の請求原因事実の構成に対してどのような影響を与えるか。

特許法103条

「他人の特許権又は専用実施権を侵害した者は、その侵害の行為について過失があつたものと推定する。」

- (3) 同102条2項の規定は、(1)の請求原因事実の構成に対してどのような影響を与えるか。

特許法102条2項

「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。」

- (4) 同1項の規定は、(1)の請求原因事実の構成に対してどのような影響を与えるか。

同1項

「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。」

- (4) 主債務者に対する請求棄却確定判決と保証債務履行請求訴訟

設問④

「債権者Yは、債務者Bに対して債務の履行請求訴訟を提起し、その係属中、別訴として、Bの連帯保証人Xに対する保証債務履行請求訴訟を提起した。保証債務履行請求訴訟については、第1審

である千葉地方裁判所においてYの請求を認容する判決が言い渡され、Xの控訴によって事件は控訴審である東京高等裁判所に係属中である。ところが、その間に、Bに対する主債務履行請求訴訟については、Yの請求を棄却する判決が、平成17年6月1日、第1審である東京地方裁判所において言い渡され、確定した。Xの代理人として、この確定判決を自らの有利に援用するためには、控訴審においてどのような主張をすべきか。最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁および最判昭和53年3月23日判時886号35頁を参照して検討せよ。また、Yの代理人としては、予想されるXの主張に対してどのような反論をすべきかについても検討せよ。」

最判昭和51年10月21日民集30巻9号903頁

「一般に保証人が、債権者からの保証債務履行請求訴訟において、主債務者勝訴の確定判決を援用することにより保証人勝訴の判決を導きうると解せられるにしても、保証人がすでに保証人敗訴の確定判決を受けているときは、保証人敗訴の判決確定後に主債務者勝訴の判決が確定しても、同判決が保証人敗訴の確定判決の基礎となつた事実審口頭弁論終結の時までに生じた事実を理由としてされている以上、保証人は右主債務者勝訴の確定判決を保証人敗訴の確定判決に対する請求異議の事由にする余地はないものと解すべきである。けだし、保証人が主債務者勝訴の確定判決を援用することが許されるにしても、これは、右確定判決の既判力が保証人に拡張されることに基づくものではないと解すべきであり、また、保証人は、保証人敗訴の確定判決の効力として、その判決の基礎となつた事実審口頭弁論終結の時までに提出できたにもかかわらず提出しなかつた事実に基づいてはもはや債権者の権利を争うことは許されないと解すべきところ、保証人敗訴判決の確定後において主債務者勝訴の確定判決があつても、その勝訴の理由

が保証人敗訴判決の基礎となつた事実審口頭弁論の終結後に生じた事由に基づくものでない限り、この主債務者勝訴判決を援用して、保証人敗訴の確定判決に対する請求異議事由とするのを認めることは、実質的には前記保証人敗訴の確定判決の効力により保証人が主張することのできない事実に基づいて再び債権者の権利を争うことを容認するのとなら異なるところがないといえるからである。」

最判昭和53年3月23日判時886号35頁

「不真正連帯債務者中の一人と債権者との間の確定判決は、他の債務者にその効力を及ぼすものではなく、このことは、民訴法一九九条二項により確定判決の既判力が相殺のために主張された反対債権の存否について生ずる場合においても同様であると解すべきである。もとより、不真正連帯債務者の一人と債権者との間で実体法上有効な相殺がなされれば、これによって債権の消滅した限度で他の債務者の債務も消滅するが、他の債務者と債権者との間の訴訟においてこの債務消滅を認めて判決の基礎とするためには、右相殺が実体法上有効であることを認定判断することを要し、相殺の当事者たる債務者と債権者との間にその相殺の効力を肯定した確定判決が存在する場合であっても、この判決の効力は他の債務者と債権者との間の訴訟に及ぶものではないと解すべきであるから、右認定判断はこれを省略することはできない。したがって、上告人らと広芸運輸の間に前記のような内容の確定判決が存在することから、直ちに被上告人の債務が右判決によって認められた相殺の金額の限度で消滅したものとした原判決は、判決の効力に関する法の解釈を誤ったか、理由不備の違法を犯したものであり、右法解釈の誤りが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。

そして広芸運輸が相殺に供した上告人らに対する反対債権が実体法上有効に存在するものであるならば、右反対債権を以てする相殺が民法五〇九条により許されないものであるにせよ（最高裁昭和三〇年（オ）第一九九号同三二年四月三〇日第三小法廷判決・民集一一卷四号六四六頁、最高裁昭和四七年（オ）第三六号同四九年六月二八日第三小法廷判決・民集二八卷五号六六六頁参照）、民訴法一九九条二項による確定判決の既判力の効果として、広芸運輸は右反対債権を行使することができなくなり、その反面として上告人らはそれだけの利益を受けたことになるのであって、右事実は広芸運輸が弁済等その出捐により上告人らの債権を満足させて消滅せしめた場合と同視することができるから、被上告人の上告人らに対する損害賠償債務もその限度で消滅したことになるものと解すべきである。上告人らと被上告人との間においては未だ訴訟上右反対債権の存在は確定されていないのであるから、この点について審理を尽くさせるため本件を原審に差し戻すのを相当とする。」

#### 4. おわりに

以上