

甲南大学法科大学院入学試験問題について

－ 2017 年度一般入学試験（後期募集・2月19日分）－

試験科目：民事訴訟法

1. 出題趣旨

[1] 主張責任，[2] 口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張，[3] 裁判官の除斥・忌避という，民事訴訟法を理解するために必要不可欠な基本的概念や制度に関する知識を問う問題である。

[1] については，裁判所は当事者の主張しない事実を裁判の基礎として採用してはいけないという弁論主義の第一テーゼから，ある事実が当事者によって主張されないためにその存在が裁判所によって認められず，結果として自らが望む法律効果の発生が否定され，不利な判決を受ける可能性があるという主張責任の原則が生まれてくるという基本的な意義を記載する必要がある。

そのうえで，主張責任は裁判所と裁判所の間での責任分担の問題であり，いずれかの当事者から主張されているならその事実を裁判所は裁判の基礎として採用してよい。主張責任を負っていない当事者が主張した事実でも（通常，この事実は当該当事者にとっては不利益なものであるから，不利益陳述と呼ばれる。），裁判所は採用できるのである。これを主張共通の原則と呼ぶということにも言及すべきであろう。

[2] については，① 既判力の基準時である事実審の口頭弁論終結時以降に訴訟物たる権利ないし法律関係について紛争の主体としての地位に就いた者，および 訴訟物たる権利ないし法律関係を先決関係とする権利ないし法律関係について基準時以降に紛争の主体としての地位に就いた者¹は，その前主が当事者となっていた判決の既判力の拡張を受ける（民訴115条1項3号），② 訴訟物たる債権を原告から譲り受けた者，土地の賃貸借終了に基づく建物収去土地明渡し請求の被告から建物を賃借した者がその典型例であることを指摘したうえで，この既判力拡張が必要とされる理由と，拡張が正当化される理由について説明することが期待された。

[3] については，以下のような記述を求める趣旨であった。

¹ かつては当事者適格の移転という説明がなされていたが，土地賃貸借終了を理由とする建物収去土地明渡し請求訴訟の被告から建物を賃借した者のように，土地賃借人に対しては土地明渡し請求であるのに対して，建物賃借人に対しては建物明渡し請求となって訴訟物が異なるときには，訴訟物と結びついた当事者適格の移転では説明できなくなるという問題があった。そこで，訴訟承継に関する最判昭和41年3月22日民集20巻3号484頁にならって「紛争の主体たる地位」の移転という表現を使うほうが良い。

事件を担当する裁判官と事件あるいは当事者との間で特別な関係があるためにその事件を担当するのが適切ではない場合がある。こうした場合を取り扱う制度としては、除斥と忌避があり、さらに裁判官が自発的に担当から離れる回避（民訴規12条）という制度もある。

除斥は民訴法23条の定める除斥事由があるときに、当然に当該裁判官が職務から排除されるというものである。申立てもしくは職権で除斥の裁判が行われる（民訴法25条）が、裁判が行われなくても、法律上当然に排斥される。

これに対して、忌避は、裁判の公正を妨げる事情があるときに、当事者の申立てに基づき忌避を認める裁判の確定を待って初めて職務からの排除という効果が発生する。また、企保の裁判が確定すると、絶対的上告理由、再審事由となる。

最判昭和30年1月28日民集9巻1号83頁は、裁判長が被告の訴訟代理人の女婿であることは忌避原因にならないとしたが、一般市民の感覚からすると疑問があり学説で批判的な意見が強い。

2. 採点実感

[1]については、少数の例外を除いて正確な理解を示す答案が多かった。

[2]については、既判力拡張の根拠について十分な理解をもっているのか疑わしい記述をしていた答案が多かった。とくに条文を羅列しただけの答案があったが、評価の対象にならない。

[3]について、おおむね満足な記述がなされていた。

3. 学習方法

とにかく基本的な制度や概念について正確な知識を身に着けるために、基本書を繰り返し読むことを推奨する。同時に基本的な問題については判例の立場を正確に理解したうえで、それに対する批判についても考えておくことが必要である。とくに、司法試験では判例の立場とは異なる見解による分析が要求されることが多いので、あくまでも判例は議論の出発点であることに注意してほしい。