

《資料》

民事訴訟法判例撰集 I (明治期～昭和40年代) (7)

小野寺 忍

総目次 (総目次は紙数との関係で一部のみ示している。詳細は120号を参照)

第1章 総論

1 民事訴訟事件と行政訴訟事件の区別

【1】最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁

(以上, 120号)

【2】東京地判昭和45年12月26日行政事件裁判例集21巻11・12号1473頁

2 民事訴訟事件と非訟事件

(1) 訴訟事件の非訟化と「裁判を受ける権利」

【3】最大判昭和33年3月5日民集12巻3号381頁

(以上, 121号)

【4】最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁

(以上, 122号)

【5】最大決昭和40年6月30日民集19巻4号1089頁

(以上, 123号)

【6】最大決昭和40年6月30日民集19巻4号1114頁

【7】最大決昭和31年10月31日民集10巻10号1355頁

(以上, 124号)

(2) 非訟事件の本質

【8】最大決昭和45年6月24日民集24巻6号610頁

(3) 非訟化の限界

【9】最大決昭和45年12月16日民集24巻13号2099頁

(4) 民事訴訟の「公益性」

【10】東京高判昭和46年5月21日高民集24巻2号195頁

【11】最判昭和40年7月8日民集19巻5号1170頁

第2章 訴訟の主体

1 裁判事務の分配

【12】最判昭和41年9月30日民集20巻7号1523頁

(以上, 125号)

2 除籍・忌避

- 3 民事裁判権
- 4 「訴訟の目的の価額」算定の例
- 5 併合裁判籍と共同訴訟
- 6 当事者

2 除籍・忌避

(1) 除斥原因…35条6号の「前審」

【13】最判昭和30年3月29日民集9巻3号395頁，最高裁判所裁判集民事17号825頁，家庭裁判月報7巻6号39頁 [LEX/DB27003063]

《事案の概要》本件は，認知請求事件において，認知請求の調停事件の調停に関与した裁判官が原審判決に関与したことは，判決に関与することを得ざる裁判官が判決に関与した違法な裁判であり，原判決は民事訴訟法395条第1項2号¹により違法な裁判であると主張して上告した事件である。

Xの母Aは，昭和24年8月7日頃旧盆の夜，ほとんど強姦同様X自宅の裏地でYに情交を迫られ姦淫された結果妊娠し，昭和25年4月26日Xを分娩した。XはYに対し認知を求める旨の調停を申し立てたが，不調となったため本訴請求を提起した。これに対して，Yは，Aと1回情交したことやAがXを分娩したことは認めたものの，情交の日時はX主張と異なり昭和24年9月6日であって，Xが月満ちて出生したものとすればAがXを懐胎したのは昭和24年9月6日以前であるべきであり，したがってXはYの子ではない筈のみならずAはYと情交をなす前に既に訴外B，Cとも情交関係があったものであるからXの請求には応じられないと陳述した。しかし，第1審においては，YはXを認知すべしとの判決がなされたため，Yは控訴した。

控訴審においても，Aが昭和24年8月8日頃妊娠したものと思った旨の供述及びAの供述によりXは成熟児として出生したものとは認められないことから，情交日時に関する前記Yの主張は退けられた。また，Aの素行が悪くYと情交する以前に他の男と情交関係があったとの事実は認めたいとされた上，血液型の鑑定結果によってXがYの子であることの確率が70%以上である事実と叙上の認定事実と相俟ってXがYの子であると認定するのが相当であるとして，本件控訴は棄却された。

1 現行民事訴訟法312条2項2号

そこで、Yは上告し、Xの申し立てた私生子認知請求の調停事件の調停に関与した裁判官が原審判決に関与しているとして、原判決は民事訴訟法395条第1項2号に所謂法律により判決に関与することを得ざる裁判官が判決に関与した違法な裁判であると主張した。これに対して、最高裁は、民訴法35条6号²にいう「前審」とは当該事件の直接又は間接の下級審を指すものであるとした上で、「本件に関し所論のように調停手続が係属し、結局不調となった事実が認められるが、右調停を前審の裁判ということはできない。されば所論の調停に関与した裁判官が本件の第一審判決をしてもなんら違法はなく、所論は理由がない。」として、上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「上告代理人小田原親弘の上告理由について。

民訴三五条六号にいう「前審」とは、当該事件の直接又は間接の下級審を指すのである。

本件に関連し所論のように調停手続が係属し、結局不調となつた事実が認められるが、右調停を前審の裁判ということはできない。されば所論の調停に関与した裁判官が本件の第一審判決をしてもなんら違法はなく、所論は理由がない。

その他の論旨は「最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に関する法律」(昭和二五年五月四日法律一三八号)一号乃至三号³のいずれにも該当せず、又同法にいわゆる「法令の解釈に関する重要な主張を含む」ものと認められない。

よつて、民訴四〇一条⁴、九五条⁵、八九条⁶に従い、裁判官全員の一致で、本文のとおり判決する。」

(裁判長裁判官 井上 登 裁判官 島 保 河村又介 小林俊三 本村善太郎)
《評釈・解説》

三淵乾太郎「調停関与と除斥原因」法曹時報11巻9号115頁(1959年9月)、最高裁判所判例解説民事篇昭和30年度号32頁集録(1971年5月)

井上治典「調停関与は、「前審関与(除斥原因)」に当たらないとされた事例」法学協会

2 現行民事訴訟法23条1項6号・23条1項本文ただし書き

3 この法律は、昭和25年6月1日から昭和29年5月31日までの時限立法で、昭和29年6月1日に失効している。

4 現行民事訴訟法319条

5 現行民事訴訟法67条

6 現行民事訴訟法61条

雑誌93巻12号133頁〈1976年12月〉

矢島啓至「調停関与は、「前審関与（除斥原因）」に当たらないとされた事例」法学研究
〔慶応義塾大学〕70巻8号165頁〈1997年8月〉

《体系書》

伊藤 眞・民事訴訟法〔第4版補訂版〕101頁

新堂幸司・新民事訴訟法第五版（弘文堂）84頁

【14】最判昭和36年4月7日民集15巻4号706頁，最高裁判所裁判集50号227頁，
家庭裁判月報13巻7号92頁〔LEX/DB27002320〕

《事案の概要》本件は，改正前の民法にいう養子縁組婚姻の離縁請求⁷において，
本件離縁と一体をなす法律関係にある離婚請求事件は，実質上，離婚請求事件が
本件離縁請求事件の前審の関係にあるとして，前審たる離婚請求事件に関与した
裁判官が原判決に関与したことは，民事訴訟法第35条第6号⁸にいう除斥原因に
該当するとして上告された事件である。

Xらは夫婦であり，その間に次女Aがある。一人息子に先立たれたXらは，
ゆくゆくは自己の後継とするつもりでYをAの婿養子として迎え，XらとAは
昭和20年9月9日Yと養子縁組婚姻をなした。Aは新居を構えてYとの同棲生
活に入りその間に一子をもうけたものの，婚姻の年の11月には早くもYがAを
泥棒呼ばわりするなどの暴言を吐くといった出来事が起こり不和の兆しを生じ，
日を経るにつれて不和は深まっていった。昭和22年7月頃までの間にYのAに
対する暴言・暴力が相次いで起こった末，婚姻からわずか2年を経過した昭和22
年9月22日，Aは子を伴い父母の許に去って帰らず，AとYとの婚姻生活は事実
上の終局を告げるに至った。その後，AはYとの協議離婚に成功しなかったこ
とから離婚訴訟を提起したところ，第1審・第2審ともに婚姻を継続し難い重大
な事由あるものとして離婚の判決を受けたが，Yはなおこれを不服として上告し
最高裁判所に係属した。さらに，AとYが不和に陥るにつれて，XらとYとの
間柄も次第に疎隔から反目へと赴き，YがXらに対しても暴言・暴力を及ぼす
出来事が相次いだ。昭和23年7月15日には，Yが，Aと同棲していたX建築の居
宅につきXに無断で自己名義の所有権保存登記をなしたことに端を発してX・A

7 旧民法876条

8 現行民事訴訟法23条1項6号

間にも紛争が生じ、所有権確認請求事件として訴訟に発展して、久しく対立抗争を続けるまでに至った。そこで、XらがAに対し、以上の各事情を総合するとXらとAとの縁組を継続し難い重大な事由があるものといわねばならないとして、Aとの離縁判決を求めて訴えを提起した。第1審は、上記各事情を認定した上で、AがXらの許に帰った昭和22年9月以来、XらとAとの関係もまた事実上破局を告げ、その後は互いに激しく対立して争訟に明け暮れること実に7年の久しきに及んでおり、その確執はもはや解き難いものであるとした。したがって、Xらにこれ以上Yとの親子関係継続を強制しても円満な親族的共同生活の回復は望むべくもないとして、ここに至った責任がいずれにあるかを問うまでもなく縁組を継続し難い重大な事由があるものといえるから、Yとの離縁判決を求めるXらの請求は正当として認容された。控訴審においても、前認定を覆すに足る証拠はないとして、Yの控訴は棄却された。

そこで、Yは上告し、Aとの離婚と本件離縁とは一体をなす法律関係から派生したものであって、実質上はAとの離婚請求事件が前審の関係にあるものといわなければならない、原判決に関与した裁判官がその前審たる離婚請求事件にも関与したものであるから民事訴訟法第35条第6号により当然除斥されるべきものであり原判決は法律により関与すべからざる裁判官が関与したものとして破棄されるべきであると主張した。

これに対して、最高裁は、「前審の裁判」とは当該事件について直接又は間接に下級審のした裁判を指すものと解すべきであるところ、「本件は所論の離婚請求事件とは全く別個の事件であるから、所論のように裁判官が右離婚請求事件の第一審に関与したからといって、前記法条にいわゆる前審の裁判に関与したとはいえないことは自明の理である。」として上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「上告人の上告理由一点について。

所論は、民法八一四条一項三号に関する原審の解釈、適用を論難するものであるが、右八一四条一項三号にいわゆる「重大な事由」は必ずしも当事者双方または一方の有責事由に限ると解する必要はなく、所論は、結局、その援用の判例の趣旨を正解せず、独自の見解に立つて原判決を攻撃するもので、論旨は理由がない。

同二点について。

原審の認定にかかる事実関係のもとでは、本件縁組を継続しがたい重大な事由があるとした原審の判断の相当であることを肯認するに足るのみならず、円満な親族的共同生活を維持できない状態に立ち至ったことが主として上告人のわがまま勝手なふるまいによることは原判決の行文から容易に看取しうるところであるから、所論は、採用できない。

同三点について。

民訴三五条六号にいわゆる「不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判」とは、当該事件について直接又は間接に下級審のした裁判を指すものと解すべきである。ところが、本件は所論の離婚請求事件とは全く別個の事件であるから、所論のように、裁判官上野正秋が右離婚請求事件の第一審の裁判に関与したからといって、前記法条にいわゆる前審の裁判に関与したとはいえないことは自明の理である。それ故、論旨は理由がない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。」

(裁判長裁判官 藤田八郎 裁判官 池田 克 奥野健一 山田作之助)

《評釈・解説》

太田武男「一 民法第八一四条第一項第三号の法意 二 縁組を継続し難い重大な事由があると認められた事例 三 民訴第三五条第六号にいわゆる「不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判」の意義」民商法雑誌45巻5号82頁〈1962年2月〉

國府剛「縁組を継続し難い重大な事由」家族法判例百選〈新版〉〔別冊ジュリスト40〕142頁〈1973年2月〉

中川淳「民法第814条第1項第3号の法意と適用の有無」立命館法学41号115頁〈1962年2月〉

栢田文郎「一、民法第八一四条第一項第三号の法意 二、縁組を継続し難い重大な事由があると認められた事例 三、民事訴訟法第三五条第六号にいわゆる「不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判」の意義」法曹時報13巻6号69頁〈1961年6月〉、最高裁判所判例解説民事篇昭和36年度号109頁集録〈1977年6月〉

《体系書》

伊藤 眞・民事訴訟法〔第4版補訂版〕101頁

新堂幸司・新民事訴訟法第五版（弘文堂）84頁

【15】最判昭和28年6月26日民集7巻6号783頁、最高裁判所裁判集民事9号565頁〔LEX/DB27003295〕

《事案の概要》本件は、売掛代金請求事件において、第1審の裁判に関与した裁判官が当該控訴審の判決に関与することは違法であり、職務の執行から除斥されなければならないとして上告した事件である。

XのYに対する売掛代金請求訴訟において、控訴審判決に関与した裁判官Aは、第1審において数回にわたり口頭弁論に列席してこれを指揮し、当事者の陳述・証拠の申出を聴き、証人及び被告本人の訊問その他の証拠調べをなした。Aは第1審の判決こそしなかったものの右のように第1審の審理に当たり、その取調べにかかる書証や証言は第1審判決の事実認定の資料に供されたものである。そこで、Yは、上告審において、Aは本件控訴審においては前審の裁判に関与したものととして職務の執行から除斥されなければならないものであったものとして原判決は違法であると主張した。

これに対して、最高裁は、「民訴法三五条六号の「前審ノ裁判ニ関与シタルトキ」とあるのは、前審の裁判の評決に加わつたときの意であつて、たとえ前審において口頭弁論を指揮し、証拠調べを為した事実があつても、該事件の上訴審において職務の執行から除外されるべきではないのである。」として、Yの上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「上告代理人斎藤敏之の上告理由について

論旨は、原判決に関与した裁判官Aは、本件の第一審において数回にわたり口頭弁論を指揮し、当事者の陳述、証拠の申出を聴き、証人訊問その他の証拠調べを為したものであるから、第一審の判決に関与しなかつたとしても、上訴審である原審においては、前審の裁判に関与したものととして、職務の執行から除斥されなければならないものであつたものである、従つて原判決は裁判に関与することのできない裁判官が関与した違法があるというのである。しかしながら民訴法三五条六号の「前審ノ裁判ニ関与シタルトキ」とあるのは、前審の裁判の評決に加わつたときの意であつて、たとえ前審において口頭弁論を指揮し、証拠調べを為した事実があつても、該事件の上訴審において職務の執行から除斥されるべきではないのである。論旨は右と異なる独自の見解に基き原判決の違法を主張するものであつて、採るを得ない。

よつて民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。」

(裁判長裁判官霜山精一 裁判官栗山茂 小谷勝重 藤田八郎 谷村唯一郎)

《評釈・解説》

青山義武「除斥原因としての「前審ノ裁判ニ關與シタルトキ」の意義」判例タイムズ31号65頁〈1953年7月〉

大下すみの「除斥原因としての「前審ノ裁判ニ關與シタルトキ」の意義—売掛代金請求事件」法学研究〔慶応義塾大学〕62巻7号90頁〈1989年7月〉

馬越道夫「前審に關与した裁判官の除斥」民事訴訟法判例百選〈第2版〉〔別冊ジュリスト76〕36頁〈1982年5月〉

三ヶ月章「除斥原因としての前審關與の意義」法学協會雑誌73巻1号99頁〈1956年1月〉

山下朝一「除斥原因としての前審關與の意義」民商法雑誌29巻5号71頁〈1954年9月〉

《体系書》

伊藤 眞・民事訴訟法〔第4版補訂版〕102頁

新堂幸司・新民事訴訟法 第五版(弘文堂)84頁

《判例研究書》

三ヶ月章・判例 民事訴訟法(有斐閣, 1974年9月)98頁

【16】最判昭和32年6月7日民集11巻6号983頁, 最高裁判所裁判集民事26号803頁, 判例タイムズ72号61頁, 判例時報114号34頁, ジュリスト135号113頁, 法律新聞57号7頁 [LEX/DB27002802]

《事案の概要》本件は, 小切手金等請求事件において, 第1審口頭弁論期日に本件の勝敗を決する最も重要な証人の証拠調べを行った裁判官が本件控訴審判決に關与することは許されず, 民事訴訟法第35条第6号により当然除斥されるべきものであり, これを看過したことは民訴法第35条第6号, 第395条第1項第2号に違反し破棄を免れないと主張して上告した事件である。

Y(被告・反訴原告・被控訴人・上告人)は, 訴外A会社に対し負担していた銑鉄買受残代金31万5000円の債務の支払のため, 昭和27年5月6日, 振出人訴外B会社, 金額30万円, 満期同年8月13日, 受取人Yと定めた約束手形1通をA会社に対し裏書譲渡し, 額面差額金1万5000円の支払をなした。ところが, その後に至り, A会社から右残代金にこれに対する損害金3万8000円を加算した合計金35万3000円の支払を請求されたので, Yはその支払のために昭和27年11月11日, A会社に対し, 振出人Y, 振出日昭和27年12月25日, 金額35万3000円の持参人払式小切手1通を振り出して交付した。一方, X(原告・反诉被告・控訴人・被上告人)は, A会社から右小切手1通の交付を受けてこれを所持し, 昭和27年12月

25日、支払人に右小切手を呈示したところ残高不足の理由で支払を拒絶されたので、即日支払人をして右小切手に呈示の日付を表示しかつ日付を附した支払拒絶の宣言を記載させた。そこで、XはYに対し、右小切手金35万3000円及びこれに対する呈示の日の翌日である昭和27年12月26日から完済まで年6分の割合による法定利息の支払を求めて本訴請求を提起した。他方、Yは、本件小切手金の支払義務がないこと及びXはYに対し該小切手を返還すべきであることを理由として、Xの請求棄却を求めて反訴を提起した。第1審においては、原告の請求及び反訴原告の請求がともに棄却されたため、Yが控訴した。

控訴審においては、XのYに対する本訴請求は全て正当として認容すべきであるとして、当該請求を排斥した原判決は失当として取消を免れないと判示し、原判決中本訴に関する部分を取消すとの判決がなされた。

これに対して、Yは上告し、原判決に参与した裁判官Cは、第1審の口頭弁論期日の際本件事件の裁判官として出廷し、本件の勝敗を決する最も重要な証人の証拠調べを行ったところ、かかる裁判官は民事訴訟法第35条第6号により当然除斥されるべきものであるにもかかわらず、原判決はこれを看過してCを判決に参与させていることから、民訴法第35条第6号、第395条第1項第2号に違反し破棄を免れないと主張した。

最高裁は、「民訴三五条六号にいう「不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判ニ関与シタルトキ」とは前審の裁判自体に関与した場合をいうのであつて、前審における証拠調べに関与しただけでは同条同号に該当するものと解すべきでない。そして、同裁判官は本件第一審の裁判自体に関与していないことは記録上明らかである」として、上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「上告代理人清水正雄の上告理由について

第一点および第三点は結局原審における証拠の採否、事実認定を非難するに帰する、そして原判決は上告人は本件小切手を振出、交付し被告人らの先代がその所持人となつたもので上告人に右小切手金支払義務があることを判示しているのであつて、原判決に第二点所論の如き理由を附さない違法があるとはいえない。

同第四点は原判決は職務の執行より除斥されるべき裁判官が参与した違法があると主張し本件の第一審における昭和二八年五月二日の口頭弁論期日において裁判官高次三吉が証人Aの尋問をなしたと、同裁判官が原判決の基本たる昭和

三〇年三月四日の口頭弁論に関与していることはいずれも記録上明らかであるが、民訴三五条六号にいう「不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判ニ関与シタルトキ」とは前審の裁判自体に関与した場合をいうのであつて、前審における証拠調べに関与しただけでは同条同号に該当するものと解すべきでない。そして同裁判官は本件第一審の裁判自体に関与していないことは記録上明らかであるから所論は採用に値しない。

よつて、民訴四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員の一致で、主文のとおり判決する。」

(裁判長裁判官 藤田八郎 裁判官 河村大助 裁判官 奥野健一)

《評釈・解説》

大場茂行「前審の証拠調べに関与した裁判官と除斥原因」法曹時報9巻8号91頁〈1957年8月〉、最高裁判所判例解説民事篇昭和32年度号120頁集録〈1985年7月〉

高島義郎「前審の証拠調べに関与した裁判官と除斥原因」民商法雑誌36巻6号77頁〈1958年3月〉

《体系書》

新堂幸司・新民事訴訟法 第五版(弘文堂)84頁

【17】最判昭和33年2月28日民集12巻2号363頁、最高裁判所裁判集民事30号631頁 [LEX/DB27002703]

《事案の概要》本件は、訴願棄却裁決取消請求事件について、法律に依り関与することを得ざる裁判官がこれに関与したる違法がある(民事訴訟法三九五条一項二号)として不服申立てをした事件に対する上告事件である。

Xは、昭和9年頃京都市で弁護士を開業し爾来同地で母親及び妻子と共に生活してきたところ、戦争苛烈な昭和18年春頃家族全員を伴って先祖伝来の土地家屋を有する本籍地の長野県A村に移転した。農耕は主として妻子が行い、Xは依然として京都における弁護士業務を廃することなく、京都と郷里を往復し、農繁期や弁護士業務の合間などに農耕に従事した。とはいえ、XはA村への移転にあたっては、先祖伝来の墳墓の地を生活の根拠とする方針をもって家具・什器のめばしきものは全部A村の居宅に輸送し、京都の居宅は借家のままで僅かにXの寝具と自炊の道具を残し、玄関脇には雑草がはびこるような空き家同然の状態、昭和26年頃までは留守番も置かずXが訴訟業務のため京都に来るほかはほとんど閉鎖していた。母親と妻子は全くA村において生活し、再び京都に帰る

模様はなく、Xは弁護士としての業務以外はA村に住所を定める意思の下に家族と共に居住して、所有農地6反余りを農耕するため農機具を整備し自らも農耕に従事していた。にもかかわらず、訴外A村農地委員会は、昭和22年11月8日、Xが昭和20年11月23日現在A村に住所がなく京都市に住所を有したのものとしてX所有の小作地（以下、本件土地という）他一筆の農地につき遡及買収の計画を立て、同月18日これを公告すると共に同月27日まで縦覧に供した。そこで、Xは、右買収計画中本件土地につき、右遡及買収の基準日当時在村地主であることを理由として右農地委員会に異議を申し立てたがこれを却下されたので、同年12月12日、長野県知事Yに対し訴願をしたところ棄却裁決書の謄本を交付された。XがYに対して当該棄却裁決の取消を求めて訴えを提起したところ、第1審においてはXの生活の本拠は京都市にあると認められ、Xの請求は棄却された。

控訴審においては、Xの生活状況から、Xが昭和18年春頃からA村に住所をもって現在に至ったものと認定するのを相当とし、Xが弁護士として京都弁護士会に所属し同地において業務に従事していることは右認定の妨げとなるものではないとして、原判決が取り消された。

Yは上告し、原判決に関与した裁判官Bは、一審の訴願棄却裁決取消事件について単独裁判官として各口頭弁論期日に列席して審理し決定していることから、原審においてはBは民事訴訟法35条6号にいう前審の裁判に関与したものというべく、原判決には法律により関与することを得ざる裁判官がこれに関与した違法があると主張した。これに対して、最高裁は、上級審の裁判官が前審において口頭弁論に列席し、当事者の陳述・証拠の申出・証人の供述を聴き、証拠決定をなし、その他訴訟指揮に関する決定に関与した場合等は、いずれも前審関与にあたるものと解すべきであるとして、上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「論旨第一点について。

論旨は、上級審の裁判官が、前審において口頭弁論に列席し、当事者の陳述・証拠の申出・証人の供述を聴き、証拠決定をなし、その他訴訟指揮に関する決定に関与した場合等が、すべて、民事訴訟法第三五条第六号にいう裁判官が前審の裁判に関与した場合に当ることを前提とするものであるが、これらの場合は、いずれも、前審関与に当たらないものと解すべきであるから、所論は採用することができない。

論旨第二点について。

原審は、買収基準日から前に遡る事実と同日後の事実を合せてしんしやくすることにより、基準日当時において被上告人がa村を生活の本拠とする意思がその生活関係の上に客観的に現われていたと判断したものであつて、かように、基準日当時における住所の所在を認定する資料として、その後の事実をしんしやくすることが許されないと解すべき根拠はない。そして、原審がこれらの事実をすべて総合して下した右判断は相当であつて、論旨の主張する転入の遅延、農地委員選挙人名簿への不登載、居村における所得税不納付の事実等は、原審の認定する事情の下では、基準日当時被上告人の住所がa村にあつたと認めることの妨げとなるものではない。それ故、所論は採用することができない。

論旨第三点について。

原審の認定するところによれば、被上告人は、昭和一八年頃家族全員を伴いa村に移転するに当つて同村を生活の本拠とする方針をもつて家具、什器の目ぼしいものは全部同村居宅に輸送し、京都の居宅は借家のままで、わずかに被上告人の寝具と自炊道具を残し、終戦後に隣人に依頼して客用座布団を造つた程度で、玄関の両側には雑草がはびこっている状況であり、昭和二六年頃から留守番を常住させるようにするまで、被上告人が訴訟業務のため京都に来る外は、ほとんど閉鎖していたというのである。右状況において、被上告人が当時なお京都弁護士会に所属し、京都における事務所をまつたく廃したものといひ得ないとしても、この事実は、原審の認定するその他諸般の状況にかんがみれば、基準日当時被上告人の住所がa村にあつたと認めることの妨げとなるものではないから、所論は採用することができない。」

《評釈・解説》

白石健三「一、前審関与にあたらない場合 二、遡及買収基準日当時における住所の所在の認定につき爾後の事実をしんしやくすることの許否 三、遡及買収基準日当時在村地主であつたと認められた事例」法曹時報10巻4号87頁〈1958年4月〉、最高裁判所判例解説民事篇昭和33年度号30頁集録〈1971年5月〉

増田幸次郎「一、前審関与にあたらない場合 二、遡及買収基準日当時における住所の認定につき爾後の事実をしんしやくすることの許否 三、遡及買収基準日当時在村地主であつたと認められた事例」民商法雑誌38巻3号139頁〈1958年12月〉

《体系書》

新堂幸司・新民事訴訟法第五版（弘文堂）84頁

《判例研究書》

兼子 一・判例民事訴訟法(上巻)(酒井書店, 1962年3月)103頁

【18】大決昭和5年4月23日民集9巻6号411頁 [LEX/DB27822773]

《事案の概要》本件は、不動産競落許可決定に対する抗告事件について、競落許可決定を言い渡した裁判長裁判官が抗告審の手續に關与することは、民事訴訟法35条⁹6号にいう「法律上其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラル」場合に相当するとする再抗告事件に対して上告認容の決定がなされたものである。

訴外Aは、大正15年12月22日、訴外Bに対し6392円を利率月8割3毛、弁済期を昭和2年5月20日と定めて貸し付け、同日本件不動産についてBに抵当権を設定させ、その登記手續を了した。Bは、昭和2年1月7日から同4年7月23日までの間に同4年5月31日までの利息と元金内入として2899円20銭の支払をしたが、残代金3492円80銭及び昭和4年6月1日以降の利息の支払を怠ったとして、Aは昭和4年10月10日、安藝區裁判所に右不動産につき競売を申し立て、同裁判所は同日右申立てに基づき競売開始決定をなし、次いで同年11月13日、競落許可決定をなした。他方、大正15年12月22日、訴外CはAから3592円を借り受け、C所有の本件不動産について抵当権を設定し登記手續を了した。その後、昭和2年10月1日、X(抗告人)はCから本件不動産を買い受け、同月12日にその所有権移転登記手續を了した。そこで、Xは利害關係人であることを理由に、本件不動産に対してなされた競落許可決定を取り消し、本件競売申立てを却下するとの裁判を求めて抗告した。第2審においては、BのAに対する支払残代金があることが認められ、本件競落許可決定に違法はないとして、Xの抗告は棄却された。

上告審においては、職権により、第1審の判事として本件競落許可決定をした裁判官Dが、これに対する抗告について第2審の裁判長として原決定をしたことが明らかにされた。それ故、Dは民事訴訟法35条6号により法律上その職務の執行より除斥されるにもかかわらず原決定に關与したものとして、この点において原決定は違法であり破棄を免れないと判断され、本件抗告には理由があるとされた。

《判決結果》破毀差戻。

《判決理由》「職権ヲ以テ案スルニ安藝區裁判所判事トシテ本件競落許可決定ヲ爲

シタル判事上床達夫カ之ニ對スル抗告ニ付高知地方裁判所民事部裁判長トシテ原決定ヲ爲シタルコト記録上明白ナリ故ニ同判事ハ民事訴訟法第三十五條第六號ニ依リ法律上其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタルニ不拘原決定ニ關與シタルモノニシテ此ノ點ニ於テ原決定ハ違法ニシテ破毀ヲ免レス仍テ抗告ヲ理由アリトシ民事訴訟法第四百十三條¹⁰第四百十四條¹¹第四百七條第一項¹²ニ從ヒ主文ノ如ク決定ス」

(部長判事 須賀喜三郎 判事 前田直之助 矢部克己 古川源太郎 岡村玄治)

《評釈・解説》

兼子 一「競落許可決定を爲したる判事の之に對する抗告審に於ける除斥」法学協會雜誌49卷9号1702頁〈1931年9月〉

杉之原舜一「判事の除斥」法律時報2卷11号60頁〈1930年11月〉

高島義郎「前審の証拠調に關与した裁判官と除斥原因」民商法雜誌36卷6号77頁〈1958年3月〉

福永有利「除斥原因としての前審關与」別冊ジュリ5号18頁〈1965年11月〉

村松俊夫「民事訴訟法第三十五條第六號に所謂前審關与と再審の場合——前審關与と再審」民商法雜誌19卷3号65頁〈1944年3月〉

《体系書》

新堂幸司・新民事訴訟法 第五版(弘文堂)85頁, 900頁

(2) 除斥の効果

【19】大判昭和5年12月18日民集9卷号1140頁, 法律新聞3224号6頁

《事案の概要》本件は, Xを売主, Yを買主とする土地の売買契約が成立したか否かが争われた事案である。Xは, 本件売買契約の成立を主張するとともに, 第1審判決をした裁判官が, 第2審の判決言渡しに關与することは民事訴訟法第35条第6号に違反し, 同法第395条1項2号により原判決は法令に違背した判決であるから破棄されるべきであると主張して控訴・上告したものである。

Xは, 本件土地をYに対して売り渡したとする売渡証を有しており, これをXY間における売買契約の成立を証する証書であると主張していた。しかし, かかる売渡証には, 専ら売主たるXの署名しかなく, 買主とされるYの署名捺印

10 現行民事訴訟法330条

11 現行民事訴訟法331条

12 現行民事訴訟法325条

は存在しなかった。また、Xは、本件売買契約の成立を主張しているにもかかわらず、未だに売渡証をYに引き渡さず自らの手中に収めていた。この点については、Xは、本件土地をYに売り渡して所有権移転登記をしようとしたが、Yが代金の支払をしなかったことから、代金支払があるまではXが所持し、支払があったときに登記申請に売渡証を添付して登記をし、Yに交付することとしていたのだから、代金支払がされていない以上当該売渡証を自己が所持しているのは当然のことであると主張した。Xはこのような売渡証を証拠から排斥した1・2審の判断は違法であると主張したが、上告審においては、売主が売渡証なるものを所持するも必ずしもそれによって売買契約の成立を是認しなければならないものではないと判示して、Xの主張を退けた。

また、Xは、第1審判決をした判事Aは第2審において法律上その職務の執行から除斥されるべきであるにもかかわらず、民事訴訟法第35条第6号に違反して原判決言渡期日において判事として列席したのであるから、同法第395条1項2号により原判決は法令に違背した判決であり破棄されるべきであると主張した。

上告審は、判決言渡しはすでに成立した裁判を外部に発表する手続にすぎないから、第1審の裁判に関与した判事が第2審の言渡しに関与することは妨げられないとしてXの主張を退け、上告を棄却した。

《判決結果》上告棄却。

《判決理由》「本件上告理由第一點ハ原判決ハ其ノ理由ニ於テ「仍テ按スルニ甲第一號證ハ訴外佐藤文三ノ自筆ナルコトハ控訴代理人ノ主張スル所ニシテモ被控訴人ノ署名捺印ナク且控訴人カ之ヲ所持シ居ルモノナレハ之ニヨリ同證ハ之ヲ控訴人ト被控訴人間ニ成立シタル證書ト認メ難ク從テ之ニ依リテ當事者間ニ被控訴代理人主張ノ如キ賣買契約成立ノ事實認メ難ク云々」ト判示セリ原審裁判所カ甲第一號證ヲ採用セサリシハ（1）同證ニ被上告人（被控訴人）ノ署名捺印ノ存セサルコト（2）同證ハ上告人（控訴人）カ所持シ居ルコトノ二點ニアルカ如シ然レトモ甲第一號證ハ賣渡證ニシテ即賣渡人タル上告人カ買受人タル被上告人ニ宛テ作成スルモノニシテ同證ニ被上告人ノ署名捺印ナキコトハ當然ナリ次ニ甲第一號證カ上告人ノ手中ニ存スルハ本件土地ヲ上告人カ被上告人ニ賣渡シテ之カ所有權ノ移轉登記ヲ爲サントシテ之ヲ作成セルモ被上告人ニ於テ之カ代金ノ支拂ヲ爲ササルタメ其ノ代金ノ支拂アルトキハ右登記申請ニ同證ヲ添付シテ登記ヲ爲シ右賣渡證ハ被上告人ニ交付スヘキモノナルカ故ニ右上告人ノ本件土地代金ノ支拂ヲ

爲ササル以上右賣渡證カ上告人ノ手中ニ存スルハ當然ノ事理ニ屬スルナリ然ルニ
 原判決ハ此ノ如ク明ナル條理及實驗則ニ反スル理由ニヨリ右甲第一號證ヲ排斥シ
 タルハ結局理由不備ノ違法アリ破毀セラルヘキモノト信スト云フニ在リ

賣主カ賣渡證ナルモノヲ所持スルモ之ニ賣主ノ署名捺印アルノミニシテ買主ノ署
 名捺印ヲ缺クトキハ必スシモ之ニ依リ賣買契約ノ成立セルコトヲ是認セサルヘカ
 ラサルモノニアラサレハ論旨ハ其ノ理由ナシ

上告理由第二點ハ上告人ハ原審ニ於テ第一審證人菊地俊吉ノ證言ヲ援用セルハ第
 一審判決事實摘示及原審昭和三年十一月十五日口頭辯論調書並原判決事實摘示中
 「控訴代理人ノ請求被控訴代理人ノ之ニ對スル陳述雙方陳述シタル事實證據方法
 並證據方法ニ對スル陳述ハ原判決摘示ト同一ナルニ付之ヲ引用ス」トノ記載ニヨ
 リ明ナリ然ルニ原判決ハ其ノ理由ニ「仍テ按スルニ甲第一號證ハ（中略）賣買契
 約ノ成立ノ事實ヲ認メ難ク又證人佐藤文三（第一，二回）ノ證言ハ之ニ信ヲ措カ
 ス當審證人菊地新吉ハ佐藤文三ヨリ（中略）賣買ノ事實ニ信ヲ措カサルカ故ニ是
 等ノ證據ニ依ルモ尚敍上賣買ノ契約成立ノ事實認メ難シ而シテ控訴代理人ノ援用
 ニ係ル（中略）尚賣買ノ成立ヲ肯定スル能ハサルモノトス其ノ他甲第二號證ハ
 （中略）新甲第一，二號證ハ（中略）然ラハ結局控訴代理人ノ立證ニヨリテハ本
 件當事者間ニ控訴代理人主張ノ如ク賣買契約成立シタルコトヲ認メ得サルカ故ニ
 云々」ト判示シ第一審證人菊地俊吉ノ證言ニ對シ何等ノ判斷ヲ爲サスシテ上告人
 敗訴ノ言渡ヲ爲シタリ凡ソ裁判所ハ當事者ノ提出シタル證據ハ總テ判斷ノ資料ニ
 供セサルヘカラサルモノナルカ故ニ右第一審證人菊地俊吉ノ證言ヲ遺脱シテ判斷
 ヲ爲シタル原判決ハ法律ニ違背シ不當ニ事實ヲ確定セル違法ノ裁判ナリト信スト
 云フニ在リ

然レトモ記録ニ依レハ第一審ニ於ケル菊地俊吉ノ所論證言ハ第二審ニ於ケル同證
 人供述ノ範圍ヲ出ツルモノニアラサルヲ以テ已ニ原審カ右第二審ノ供述ニ依リテ
 ハ上告人ノ主張事實ヲ認メ難シト判斷シタル以上右第一審ノ證言ハ假令之ヲ參酌
 シタリトスルモ原審ハ之ニ依リ其ノ判斷ヲ異ニシタルモノト認ムルニ由ナキカ故
 ニ原審カ第一審ニ於ケル菊地俊吉ノ證言ヲ判斷セサリシコトハ原判決ノ歸趨ニ影
 響ナク論旨ハ採用ニ値セス

上告理由第三點ハ第一審裁判ニ關與シタル判事ハ第二審ノ裁判ニ關與シ得サルハ
 民事訴訟法第三十五條第一項六號ニ明記セラルル所ナリ本件記録ヲ閱スルニ第一
 審ノ判決ヲ爲シタル判事ハ江幡清ナリ從テ同判事ハ第二審タル原審ニ於テハ法律

上其ノ職務ノ執行ヨリ除斥セラルヘキモノナルニ不拘原判決言渡期日に於テ判事トシテ列席シタルモノトス（原判決言渡調書御参照）而シテ民事訴訟法第三百九十五條第一項二號ニ法律ニ依リ判決ニ關與スルコトヲ得サル判事カ判決ニ關與シタルトキハ法令ニ違背セル判決ナル旨ヲ規定ス茲ニ所謂判決ニ關與トハ判決原本ノ作成及判決ノ言渡ニ關與シタルノ意ニシテ判決原本ノ作成ニ關與シタル場合ニ限定スヘキモノニアラスト信ス蓋判決カ判決タル効力ヲ有スルカ爲ニハ其ノ言渡ノアリタルコトヲ要スレハナリ從テ判決ニ關與シ得サル判事江幡清列席ノ許ニ言渡サレタル原判決ハ法令ニ違背シタル判決ニシテ破毀セラルヘキモノト信スト云フニ在リ

然レトモ民事訴訟法第三十五條カ判事ヲ其ノ職務ノ執行ヨリ除斥スヘキ場合ヲ規定シタル所以ハ専ラ裁判ノ公正ヲ維持スルノ目的ニ出テタルモノナルヲ以テ其ノ第六號ニ依リ前審ノ裁判ニ關與シタル判事カ職務ノ執行ヨリ除斥セラルル場合モ亦單ニ不服ヲ申立テラレタル前審ノ裁判ニ關與シタル判事カ不服ニ付キ爲スヘキ裁判ノ成立ニ關スル訴訟手續ニ關與スルコトヲ禁スルノ趣旨ニ外ナラサルモノト解スルヲ相當トス而シテ裁判ノ言渡ハ既ニ成立シタル裁判ヲ外部ニ發表スルノ手續タルニ過キサルカ故ニ第一審ノ裁判ニ關與シタル判事ト雖第二審裁判ノ言渡ニ關與スルコトハ毫モ之ヲ妨クヘキ理由ナキヲ以テ論旨ハ採ルニ足ラス

仍テ民事訴訟法第三百九十六條¹³第三百八十四條¹⁴第九十五條¹⁵第八十九條¹⁶ニ則リ主文ノ如ク判決シタリ」

（部長判事 池田寅二郎 判事 菰淵清雄 成道齋次郎 大森洪太 井野英一）

《評釈・解説》

兼子 一「除斥原因ある判事の關與せる言渡」法学協會雜誌50卷5号939頁（1932年5月）

斎藤和夫・民法判例百選〔1〕物権・総則〈第4版〉〔別冊ジュリスト136〕178頁（1996年2月）

斎藤和夫・民法判例百選〔1〕総則・物権〈第5版〉〔別冊ジュリスト159〕180頁（2001年9月）

斎藤和夫・民法判例百選〔1〕総則・物権〈第5版 新法対応補正版〉〔別冊ジュリス

13 現行民事訴訟法313条

14 現行民事訴訟法302条

15 現行民事訴訟法67条

16 現行民事訴訟法61条

ト175〕180頁〈2005年4月〉

杉之原舜一「前審の裁判に関与したる判事と除斥」法律時報3巻5号76頁〈1931年5月〉
林 良平・民法判例百選〔1〕総則・物権〈第3版〉〔別冊ジュリスト104〕182頁
〈1989年9月〉

《体系書》

伊藤 眞・民事訴訟法〔第4版補訂版〕703頁

新堂幸司・新民事訴訟法 第五版（弘文堂）85頁，900頁，912頁

（3）忌避事由

【20】大決大正2年1月16日民録19輯1頁，大審院民事判決抄録46巻10577頁

《事案の概要》事実関係の詳細は不明であるが，原告人にとって「唯一の証拠」として申請した証拠を職権により採用しなかったことは裁判官の自由裁量権を逸脱した偏頗でかつ不公平な裁判であること，裁判官が当事者のうちの一人と親密な朋友関係にあり私的にではあるにせよ料亭において会食した事実があることは当然に忌避事由に相当するものであること，を理由として裁判官忌避の申請をしたものである。

控訴院は，原告人による裁判官の忌避申請を却下する決定をしたが，これに対し，原告人が再抗告をしたものである。

大審院は，偏頗を理由とする裁判官の忌避申立ては，判事が不公平な裁判をなすことを疑うに足りる事情のあることを要するものであって，単に申し出た証拠調べを許容しなかったからといって，その一事をもって忌避の理由とすることはできないと判示し，再抗告を棄却した。

《判決結果》再抗告棄却。

《判決理由》「抗告ノ趣旨ハ原決定ハ民事訴訟法第三十三條第二項¹⁷ノ解釋ヲ誤レリ今左ニ其理由ヲ宣明セントス原決定ノ理由ニ依レハ「事實認定證據ノ採否ハ事實承審官ノ職權ニ屬スルモノニ係ルカ故ニ抗告人ノ爲シタル證據申請ノ理由カ客觀的ニ如何ニ本案判決ノ上ニ重大ナル關係アルモノトスルモ尚且ツ偏頗ニシテ不公平ナル裁判ヲ爲スノ恐ナシ」ト陳フ然レトモ第三十三條第二項ノ不公平ナル裁判ヲ爲スノ疑フヘキ事情ハ其意義廣クシテ決シテ原決定ノ示スカ如キ事實承審官ノ職權ニ立入りテ判斷シ得サルノ理由ナシ否寧ロ事實承審官ノ自由裁量カ偏頗ニ

17 現行民事訴訟法24条1項

シテ不公平ナル結果ヲ來スノ恐アルカ故ニ法ハ本條ヲ設ケタルナリ然ルカ故ニ當事者ノ一人ト事實承審官ノ一人カ親密ナル朋友タルノ事實アランカ之レ必ス忌避ノ理由ト爲ルヤ爭ナシ又判官ノ一人カ當事者ト某料亭ニ會シ懇懃相通シタルノ事實アランカ之レ必ス忌避ノ理由ト爲ルヤ明ナリ然レトモ純理ヨリ言ヘハ公私ハ別ナリ必スシモ不公平ナル裁判ヲ爲スノ恐アリト言フヲ得ス而モ之ヲ以テ忌避ノ理由アリト爲ス所以ハ此ノ如キ關係カ延イテ判官ノ自由裁量ノ公正ヲ紊亂スルノ恐アレハナリ之ニ由リテ見レハ忌避ノ理由ハ判官ノ自由裁量ノ不公平ナル處置ニ對シ立入ルコトヲ得サル主旨ニアラスシテ自由裁量其モノカ甚タ危險ナルカ故ニ本條ヲ設ケタルモノナリ左レハ其自由裁量ノ決定カ甚タク公正ノ常識ヲ逸シ當事者ノ利益ヲ無視シ正當ノ理由ニ基カス他ノ一方ニ其證據申請ヲ許容シナカラ一方ニ對シ其理由アル申請ヲ一切却下スルカ如キハ實ニ職權ノ濫用ニシテ到底公平ナル處置ト言フヲ得ス又原審決定ニ依レハ抗告人申請ノ證據ハ唯一ノ證據ニアサルカ故ニ申請人ノ申出テタル證據調ヲ全部却下シタリトテ單ニ此一事實ヲ以テ前記裁判所カ不公平ナル裁判ヲ爲スノ恐ナシト云フ然ラス若シ夫レ抗告人ノ申請セル證據調カ唯一ノ證據ナレハトテ相手方ニ於テ認諾センカ如此證據調ヲ却下スルトモ不公平ニアラス若シ夫レ唯一ノ證據調ニシテ必要ナル證據調ナルニ係ハラス之ヲ却下センカ無論不公平ナリト雖モ法ハ如此不法ノ決定ヲ經タル裁判ヲシテ結局破毀ヲ免カレサラシムルカ故ニ殊更ニ第三十三條ノ規定ニ依リテ裁判ノ公正ヲ維持スルノ要ナキナリ蓋シ本條ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情トハ一、事情カ客觀的ニ存在シ認メラルヘキコトヲ要ス故ニ只タ當事者ノ一人カ判事ノ一人又ハ全員ヲ嫌惡シ又ハ恐ルルト言フカ如キ主觀的事情ハ不可ナリ二、事情カ一般的ニ合理的タルコトヲ要ス即チ本件ニ於ケルカ如ク抗告人ノ申出テタル證據調ハ抗告人ノ爲メニ必要缺ク可ラス而モ最モ合理的ナリ即チ書類取寄ハ裁判所ノ記録ナリ申請セラレタル證人ハ本件手形ヲ作成シタル本人及仲介人ナリ而シテ之等ノ證人カ既ニ大阪民事裁判所ニ於テ及刑事裁判所ニ於テ現ニ該證據申請ニ因リテ尋問ヲ受ケントスルノ事項ヲ供述セルモノナリ如此事情ニ因リテ右證據申請ハ頗ル合理的ノモノナリ然ルニ原審ハ此證據申請ヲ却下シ而シテ現ニ提供セル不完全ナル證據ニ依リテ決定ヲ爲サントス然リ而シテ相手方ノ證據調ノ申請ハ然ク必要ナルモノニアラサルニ不係（一件記録参照）之ヲ許容セルヨリ見レハ之レ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フ可キ直接ノ事情ニアラスシテ何ソヤ智者ヲ俟テ後知ラサルナリト云フニ在リ

然レトモ民事訴訟法第三十三條第二項ニ偏頗ノ忌避ハ判事ノ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得ト規定シタル所ニ徴シテ明ナルカ如ク偏頗ノ忌避ハ必スヤ判事カ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルヲ要スルコト勿論ナレハ本件ノ如ク單ニ原告人ノ申出テタル證據調ヲ許容セサリシ一事ハ忌避ノ理由トスルニ足ラス何トナレハ縱令原告人ノ申出テタル證據調ヲ許容セサルモ判事ハ仍原告人ノ利益ニ歸スヘキ裁判ヲ爲スコトヲ妨ケサレハナリ是故ニ原告人ノ忌避申請ハ其原因ヲ疏明セサルモノニ外ナラスシテ其抗告ハ理由ナシ

右ノ理由ナルヲ以テ主文ノ如ク決定ス」(下線表示は、原典では傍点)

(裁判長 井上正一 判事 伊藤悌治 志方 鍛 田上省三 尾古初一郎 嘉山幹一)

《評釈・解説》

《体系書》

伊藤 眞・民事訴訟法〔第4版補訂版〕104頁

新堂幸司・新民事訴訟法 第五版(弘文堂)86頁