

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 〔最高裁民訴事例研究二八一〕<br>受命裁判官による和解の勧告とその取消<br>(最高裁昭和二八年九月二五日第二小法廷判決)  |
| Sub Title        |   |
| Author           | 小池, 順一(Koike, Junichi)<br>民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)   |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学会   |
| Publication year | 1990  |
| Jtitle           | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.6 (1990. 6) ,p.128- 131   |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 判例研究  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900628-0128">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900628-0128</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判所民事訴訟法研究 二八一〕

昭二八18（最高民集七巻  
九号一〇〇五頁）

受命裁判官による和解の勧告とその取消

離婚請求事件（昭二八・九・二五第二小法廷判決）

X（原告・被控訴人・被上告人）はAの媒酌により昭和一六年一月二六日Y（被告・控訴人・上告人）と婚姻した。Yは昭和一七年二月中旬実母の病氣見舞のため実家に帰ったが、その際結核性腹膜炎にかかっていることが判明しそのまま実家で療養していた。ところが同年一〇年Xは親類のB医師より結核性腹膜炎は全治困難で結婚生活を続けば生命に危険を及ぼす、今の内離婚の方が兩名のためである、との忠告を受けた。Xは熟慮の結果離婚することが双方の幸福であると考え、Aに離婚の申入を依頼した。しかしながらAは適当な時期にYに伝えると答えながら積極的な行動はとらなかった。その為、Xは親類Cを介してYに離婚の申入をなそうとしたがこれも目的を達することができなかった。そこで、Xは昭和一八年一月Yの病氣を理由として神戸区裁判所に離婚の調停を申立てた。Yは調停期日に一回も出頭せず、Yの父がYの病氣は全快していると主張するのでXは昭和一九年三月調停申立を取り下げた。その後XはYの帰りを待ったがYは実家より帰らなかつた。その為Xは同年七月に京都地方裁判所へYを相手として同居請求訴訟を提起した。同訴訟においてYは病氣は未だ完治してないと抗弁したが、昭和二二年二月の和解期日においてYの父は病氣はすでに完治して

いると述べた。そこでXは、Yは昭和一八年一月以前に既に病氣は完治していたと推定できる。Yは健康を回復しているにもかかわらず理由なく両三年にわたりX宅に帰らなかつた、これは悪意を以てXを遺棄したものであるとして、昭和二二年二月離婚の訴えを提起した。これに対しYは、Yが病氣全快にもかかわらずX宅に帰らなかつたのではなく、XがYの病氣を理由として帰宅を拒否しYを離婚の後他から妻を娶ろうとしたもので、むしろXが悪意を以てYを遺棄しようとしたものであると主張した。

第一審X勝訴。Y控訴。

控訴審は「Yはその健康が同居にたえる程度に回復した以上、他に正当な事由がない限りX方に帰って同居すべきものであり、前にYの病氣を理由に離婚の申出があつた事実から同居後の将来について不安の念を抱くのはY側としては一応もつともであるがこのことだけでは法律上同居を拒むについては正当な事由があるものとする事とできない」とし、YがX方に帰宅しないのは悪意を以て配偶者を遺棄したときに該当するとしてYの控訴を棄却した。

Yから上告。上告理由は次の三点である。まず第一に、原審がYは同居を拒む正当な事由がないにもかかわらずX方への帰宅を拒み同居義務に反したと認定しているのは経験則に著しく反し同居義務の解釈を誤つたものである。第二に、Xは、離婚調停の取り下げ後同居請求訴訟を提起したがその間訴訟外では同居を求めなかつた。よって、Yの方にはXの意思に反して同居をしないという意図はなく

遺棄の結果を意図していたものでもない。それにもかかわらず、原告がYが正当事由なくX方に帰宅しないのは昭和二十二年法律第六一号による改正後の民法附則第一一条同改正前の民法第八一三条第六号の悪意を以って遺棄したときにあたるとしているのは法条の解釈を誤ったものである。第三に、原告は昭和二十五年一月一日の口頭弁論期日において和解勧告を為す旨決定し、その為受命裁判官にDを指定し期日を昭和二十五年二月四日と指定した。同期日に同受命裁判官は職権を以て期日を昭和二十六年二月八日午後二時に延期した。原告は同年二月八日受命裁判官Dを裁判官Eに変更する旨決定した。同受命裁判官は、二月八日の期日において職権を以て期日を同年四月一日午後二時に変更したが、その後和解期日が開かれた形跡はない。然るに原告は昭和二十六年九月六日午後一時の口頭弁論期日において弁論を終結し同月二五日に原判決を言渡した。即ち、原告は当事者双方に和解勧告の決定を為し、その為受命裁判官を指定しながらその結果を待たず本案判決を為したもので手続上重大な違法がある。

最高裁は次の理由でYの上告を棄却した。

「上告理由第三点について。

記録によれば、原裁判所は昭和二十五年一月一日の口頭弁論期日において、受命裁判官により和解を勧告する旨の決定をなし受命裁判官は昭和二十六年二月八日午後二時の和解期日において次の期日を四月一日午後二時と指定したが、同日の期日の調書が作成されておらず、受命裁判官が和解の勧告を取消した形跡もない。しかし受命裁判官が取消さない場合でも、裁判所は前になした決定自体を取消することができるのであって原裁判所は昭和二十六年九月六日午後一時の口頭弁論期日において（この弁論には受命裁判官も関与してい

る）、合議の上弁論を終結していることは、記録上明らかであるから、この時に同裁判所は和解を試みる決定を取消したものと認めることができる。従って論旨は結局理由がない。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』（昭和二十五年五月四日法律一三八号）一号乃至三号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。」

#### 判旨に賛成。

一 本件において問題となるのは、受訴裁判所の決定に基づいて受命裁判官により和解勧告が為された時にそれが打ち切られた痕跡のないまま裁判所が合議の上弁論を終結した場合、その時に裁判所は当該決定を取消したものと認めることができるかという点である。そして、本判決はこれを肯定的に解した。

二 裁判上の和解は当事者にとっても判決に比べて円満な解決であり、また裁判所としても負担を軽減することができるので裁判所は訴訟の如何なる程度においても和解を試みることができる（民訴法一三六条<sup>(1)</sup>）。そして合議体の場合には事件を能率的に処理するために和解の試みの権能を受命裁判官に授権することもできる（民訴法一三六条<sup>(2)</sup>）。和解成立の見込みがない場合には受命裁判官は裁量により和解勧告を取消することができるが、受訴裁判所も授権者である以上、この和解勧告の決定を取消することができる<sup>(3)</sup>ことになる。この和解勧告の決定は訴訟指揮に関する決定であり、従っていつでも任意に取消することができる

る（民訴法二〇五条）。これは訴訟の進行に応じた柔軟な訴訟指揮を保障するためである。<sup>(4)</sup>判例は、例えば証拠決定の裁判、訴訟手続中止の裁判、事件を合議体で審理する旨の決定、<sup>(6)</sup>期日指定の裁判等は訴訟指揮に関する決定・命令でありいつでも取消することができるとしている。この決定の告知の方法であるが、これは当事者に相当と認められる方法で告知されれば足りるとされている（民訴法二〇四条）。問題は、この告知を黙示でも為すことができるかである。訴訟指揮に関する決定については、<sup>(9)</sup>学説は一般的に黙示によってもなすことができる<sup>(9)</sup>と解している。

三 本判例の判例中における位置づけであるが、訴訟指揮に関する決定が民訴法二〇五条によりいつでも取消せるとする判例はすでに前掲のように幾つか見出だすことができる。しかし、訴訟指揮に関する決定である和解勧告の決定について、その取消は黙示的な裁判でもできるとするのは本判例が最初である。その点に本判例の積極的意義を認めることができる。その後本件と同様な和解勧告の決定取消についての事例において、最高裁は本判決を引用し、口頭弁論に至るまでの調書に和解の結果について何等記載がなくとも、裁判所が和解勧告を決定の上その後勧告が中止された痕跡のないまま弁論が終結された場合には、その時に裁判所は右決定を取消したと解するのが相当と判示している。<sup>(10)</sup>従って、本判例は和解勧告の決定とその黙示的取消について判例中先例としての価値を有しているといえることができる。

なお、本件は離婚訴訟であり離婚訴訟が和解に親しむか否かも問題となる。離婚事件における和解の勧告は「訴の取下を勧告することが目的であって、性質を異にする」と解する見解もあるが、<sup>(11)</sup>調停による離婚が認められていることとのバランスから和解による離婚を認めても差し支えないように思われる。<sup>(12)</sup>

四 黙示の取消があつたか否かの判定は困難な場合が多い。しかしながら、その判定以上にここで重要なのは訴訟手続は明確でなければならぬということと、一度行なわれた訴訟行為は容易に覆されるべきではないということである。この点を考慮すると、次の段階に移行して新たな法的効果を生じ、当事者もこれに基づいて新たな訴訟行為を為した場合は、もはや上訴・抗告・異議という法定のルールによらなければ覆すことができないと解するべきである。さらに、本件のように和解手続から口頭弁論手続に移行する場合には、この切り替えは性質上重要であるから慎重な取扱を必要とするべきである。ここで本件についてみれば、本件では受訴裁判所による適式な弁論期日の指定がなされ、同期日も開かれそこにおいて弁論の終結を経て手続は新たな局面にすでに移行しているのである。そして、これに対して当事者が異議を述べた形跡はない。従って裁判所が和解期日の指定を取消さなかった点に瑕疵があったとしても、もはやこれを覆すのは抗告が認められないのであるから、結果としてこの当事者にかかる訴訟手続の瑕疵を問題とすることはできないのである。よって本判決の結論は妥当である。

なお、本判決については山本戸克巳「判批」民商法雑誌三〇  
巻一七四頁「昭29」の評釈（賛成）がある。

(1) 齊藤秀夫『注解民事訴訟法(二)』（齊藤秀夫編）三二二頁（昭和  
46）。

(2) 菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法』七七四頁（追補版、昭  
59）。

(3) 齊藤・前掲注(1)三二七頁。

(4) 菊井・村松・前掲注(2)一一六六頁。

(5) 大審判大正三・六・二五民録二〇輯五〇〇頁、同大正九・一二・  
二三民録二六輯一九五五頁。

(6) 東京高判昭三四・五・七東高民時報一〇巻五号一〇六頁、同大  
阪高決昭三八・一二・二六下級民集一四巻一二号二六六九頁。

(7) 東京高判昭四〇・一二・一七東高民時報一六巻一二号二四二頁。

### 〔下級審民事訴訟例研究七〕

7 被告の法定相続分に応じた金銭の返還請求訴訟の一審係属中他の相続人が相続放棄をしたため被  
告の法定相続分が変わった場合において、全部勝訴の判決を受けた原告について控訴審で請求拡張  
するための控訴の利益を認めた事例

名古屋高裁金沢支部平成元年一月三〇日判決（昭六三）ネ一一一号、一審富山地裁昭六〇（ワ）三一四号）貸  
金請求控訴事件、判例時報一三〇八号一二五頁

(8) 東京高決昭三五・六・二九下級民集一一巻六号一三八二頁。

(9) 兼子一ほか『条解民事訴訟法』七二五頁（竹下守夫担当）〔昭  
61〕、齊藤・前掲注(1)四二八頁、菊井・村松・前掲注(2)一  
一六七頁参照。兼子一『民事訴訟法体系』二六五頁〔昭40〕は証拠  
申出却下決定に関してはあるが、取調べを保留したまま弁論を終  
結した場合は黙示的に却下したことになるとし黙示の裁判も可能で  
あるとしている。

(10) 最判昭三一・六・一五裁判集民二二号三四五頁。

(11) 兼子一ほか・前掲注(10)三四七頁（新堂幸司担当）〔昭61〕。

(12) 菊井・村松・前掲注(2)七七二頁、齊藤・前掲注(1)三二  
四頁。

小池 順一