

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人弁護士久保田美英の上告理由第一点について。

職権を以て関するに、原審が本件弁論を終結し判決言渡期日を昭和二六年五月七日と指定した同年四月二三日の本件口頭弁論期日と同一の日に、被申立人である上告人から所論原審裁判官三名に対する書面による忌避の申立があつたこと及び、右裁判官三名を以て構成する原審裁判所（大阪高等裁判所第一民事部）は民訴四二条本文に従つて訴訟手続を停止することなく、右指定期日に上告人敗訴の判決を言い渡したことは記録上明らかである。しかし記録によつて、また明らかなように、裁判所（右高等裁判所第二民事部）は右同年五月二二日右忌避申立を理由なしとして棄却し該決定は即時抗告期間の経過とともに、すでに確定して居り、右忌避はその理由がないと認められるのであるから、原判決の場合は民訴三九五条二号にいわゆる「法律ニ依リ判決ニ関与スルコトヲ得サル裁判官カ判決ニ関与シタルトキ」に該当しないものと云わざるを得ない（大審院昭和五年（ク）第五五七号、同年八月二日決定参照）。されば、原判決は上叙のような経過の下に為されたとの一事を以て無効のものと認むべきではなく、論旨はひつきよう上叙に反する独自の見解に座するものであつて、採るを得ないものとすべきである。

同第二点について。

しかし、本件のような場合、訴訟は上告の提起あるか或は上告の提起なくして上告期間を経過した場合に控訴裁判所の係属を離脱するものと認むべきであるから、本件仮処分取消申立が本案判決言渡以後になされたものであつても、本案訴訟が本案裁判所である原裁判所の係属から離脱しない前になされたことが記録上明らかで

ある本件においては、本件取消申立は正に民訴七五六条、七四七条二項、七六二条
専属管轄の規定に則つて提起されたものと認むべきである。論旨もまた、右に反す
る見解に立脚するものであつて、採るを得ない。

同第三点について。

しかし、原判決はその判文によつて明らかなように上告人が本案訴訟において一、
二審とも敗訴の判決をうけたという事実それ自体を以て、本件仮処分決定を取消す
べき特別事情が発生したものと判断しているのではなく、右一、二審判決があつた
以上は本案訴訟において上告人が保護を求めている権利のないことが一応疎明され
るに到つたとし、従つて事情の変更が生じたものであるというのであら、この場合
そのような判断もなし得ないわけのものではないから、そこに所論の違法ありとい
うを得ない。それ故論旨も採用できない。

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。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	下	飯	坂	潤	夫
裁判官	斎	藤	悠	輔	
裁判官	入	江	俊	郎	