

郵便に付する送達制度の問題点

中山 幸 二

一 はじめに

送達は、当事者その他の訴訟関係人に対し、訴訟上の書類の内容を知らせるための制度であり、したがって、訴訟関係人が訴訟手続上適切な攻撃防禦をなす機会を保障するものである。この意味で、送達は、訴訟関係人の「裁判を受ける権利」を実質的に保障する制度の一つといふことができる。ことに、判決手続における被告への訴状の送達や欠席判決の送達、督促手続における債務者への支払命令や仮執行宣言付支払命令の送達は、被告または債務者の防禦方法を提出する機会を保障し、あるいは裁判に対する不服申立ての機会を保障するものとして、極めて重要な意義を有する。

ところで、送達実施の方法として、民事訴訟法はいくつかの方法を規定しているが、その中で、郵便に付する送達（実務上「付郵便送達」とも呼ばれる）は、裁判所書記官が書類を送達場所に宛てて書留郵便で発送すれば、その発送の時に送達があったものとみなされる送達方法である（民法一七三条）。そこでは送達書類が受送達者にいつ到達したかを問わないだけでなく、そもそも現実に受送達者に到達したかどうかも送達の効力とは無関係とされる。¹⁾したがっ

て、郵便局でその書留郵便を受理した時に送達が完了したものとみなされ、配達の遅延や書類の紛失、配達不能による返却があっても、一切その送達の効力には影響がなく、送達に伴う右の危険はすべて受送達者が負担することになる。それゆえ、郵便に付する送達は、場合によっては受送達者に不測の不利を生じることがあり、そのため、その運用にあたっては慎重を要するものとされ、⁽²⁾ 実際、これまではあまり行われていないといわれていた。⁽³⁾ 判例も、少なくとも公表されたものは、ごくわずかにすぎない。

ところが、最近、一方では、いわゆる消費者信用販売に関する事件が（とりわけ簡裁において）急増し、事件処理事務の負担が著しく増大しており、その迅速な処理の必要が叫ばれているという状況があり、他方では、国民の生活状況の変化、すなわち、核家族化の進行および夫婦の共働きの増加により昼間不在家庭が増えており、そのため訴訟書類の送達が困難となりつつあり、⁽⁴⁾ これが訴訟遅延の一つの原因となっているという状況がみられる。このような事情から、近時、一部の裁判所で郵便に付する送達を積極的に活用する動きが見られ、⁽⁵⁾ 判例集でも郵便に付する送達をめぐる事件が散見されるようになった。⁽⁶⁾ 最高裁判所事務総局も、『信販関係事件に関する執務資料』（昭五九）三八頁において、「送達の運用基準」⁽⁷⁾ を示した上で、「民事局等の調査によると、書留郵便に付する送達の運用について慎重な庁が大部分であって、あまり活用されていないようである。たしかに、書留郵便に付する送達は、受送達者に到達したか否かを問わず、発送時に送達の効果を擬制するものであるから、その運用には、十分な配慮をすべきである。しかし、信販関係事件は、簡易迅速な解決が要請される少額の金銭請求事件であるので、被告である個人消費者の利益保護を図りつつ、この送達方法の活用を考える必要がある」として、付郵便送達の積極的活用を促している。したがって、今後ますますこの送達方法が実施されることも予想される。

しかし、これまで付郵便送達があまり利用されず、これをめぐる問題点が露呈する機会も少なかったため、付郵便

送達制度のはらむ問題点の検討は未だ十分になされているとはいえない⁽⁸⁾。そこで、本稿では、郵便に付する送達をめぐって現在どのような問題が生じているかを具体例をあげて示し、その場合の送達名宛人の救済方法として現行法上いかなる手段をとりうるかを検討し、さらに、現行付郵便送達制度の改革について若干の試論を提示してみたい。

- (1) 大判昭和八年二月八日法律新聞三五二〇号八頁、札幌高判昭和二年四月二六日高民集四卷四号九四頁、岩松三郎兼子一編・法律実務講座民訴編二卷(昭三三)三三六頁、菊井維大村松俊夫・全訂民訴法一(昭五三)九五九頁等。
- (2) 岩松兼子編・前掲書三三六頁、菊井村松・前掲書九五八頁、斎藤秀夫編・注解民訴法(昭四八)五六頁〔斎藤執筆〕、兼子一松浦馨新堂幸司竹下守夫・条解民訴法(昭六一)四四三頁〔竹下執筆〕等。
- (3) 岩松兼子編・前掲書三三六頁、中野貞一郎松浦馨鈴木正裕編・民訴法講義(昭五一・補訂版昭五九)五八頁〔中野執筆〕。なお、運用状況に関する調査報告として、草刈優・民事訴訟関係書類の送達実務の研究(書記官実務研究報告書七卷一号・昭四三)に昭和四三年当時の全国七五裁判所に対するアンケート調査の結果が、また、同書の改訂研究である、勝野鴻志郎上田正俊・民事訴訟関係書類の送達実務の研究―改訂―(書記官実務研究報告書二〇卷二号・昭六一)に昭和五六年当時の全国一二五庁の裁判所に対するアンケート調査の結果が報告されている。そのほか、清水祐三「昼間不在者に対する送達について」書研所報三一号創立三十周年記念論文集(昭五五)三〇〇頁に、昭和五四年に最高裁判事局が地裁五〇庁に対して行った照会の結果が報告されている。
- (4) 最高裁判所の調査によると、昭和五六年において受取人不在を理由として還付されたものは、訴状で二三パーセント弱、支払命令では二三パーセントになるといふ、宇佐美隆男「民事訴訟法の一部改正と企業の対応」NBL二六五号三七頁。
- (5) 後述三で紹介する具体的事例参照。丸山達也「簡易裁判所の現状と問題点」全司法労働組合・司法制度研究二六号(昭六〇)一九頁は、「送達事務については『不在不送達』の増大と迅速処理の要請によって、5〜6年前まではほとんどやっていなかった『書留郵便に付する送達』が一般化・日常化してきています。これは支払命令正本、訴状副本、呼出状、判決正本等の送達に多く利用されていますが、まず通常の郵便による特別送達をやり、それが『不在不送達』になると、次ぎに休日に向けて送達を省略しようとする動きもあります」と指摘する(著者は郵便に付する送達をやるといふパターンです。……最近右の休日に向けての送達を省略しようとする動きもあります)と指摘する(著者は簡裁書記官)。そのほか、今重一「郵便に付する送達」と裁判を受ける権利「自由と正義三七卷一号(昭六一)一〇七頁以下、今際美「債務者保護上からみた郵便送達の問題点―ある日突然給料に対する差押えが?」月刊クレジット三五三号一九頁(著者は弁護士として昭和六〇年八月から六一年六月までの間に郵便に付する送達によって被害を受けたとする相談を二〇件受けたという)、東孝行「郵便に付する送達の諸問題」判タ六四〇号(昭六一)三六頁、高橋宏志「消費者信用と判決・調停手続」(シンポジウム・消費者信用と裁判制度)民訴雑誌三三

号（昭六二）一〇二頁参照。

(6) 福岡地判昭和五六年七月三二日判時一〇三八号三三〇頁、東京高判昭和五七年六月三日判タ四七七号一〇六頁、東京高判昭和六一年二月二五日判時一二二五号六七頁、釧路地決昭和六一年一〇月一七日判タ六三九号二三六頁。

(7) 後述三参照。

(8) 現在のところ、勝野上田・前掲書一四九頁以下、三五六頁以下、三九九頁以下および清水・前掲論文二八三頁以下が、書記官の立場から実務上の運用に関する最も詳細な検討を行っていると思われる。これに対して、今重一・前掲論文および今隣美・前掲論文は、付郵便送達の受送達者の立場から見た具体的な問題状況を提示している。また、東・前掲論文は、主として、訴状等が付郵便で送達された事件の審理方法（擬制自由の成否等）につき検討している。

二 付郵便送達の構造とその運用基準

具体的な考察に入る前に、その前提として、現行民事訴訟法上の郵便に付する送達制度の構造を確認し、実務上の運用基準をみておくことにしよう。

現行民事訴訟法上、送達は、送達書類を、受送達者に対し、送達場所において、交付してするのが原則である（民法一六四條）。ただし、例外として、法は三種の送達方法を定めている。その一は、送達場所以外の場所で受送達者に出会ったときに交付してする送達（出会送達、一六九條三項）であり、これは場所的例外をなす。その二は、受送達者と一定の関係にある者に対し、交付し（補充送達、一七一條一項・二項）、または差し置いてする送達（差置送達、一七一條三項）である。これらは人的例外をなす。右のうち差置送達は、現実の授受行為はないが、交付を試みた際に一定の要件の下で交付を実現する手段としてその場に差し置くものであるから、これも含めて以上の送達方法はいずれも交付送達の範疇に含まれる。これに対して、第三の例外は、交付以外の方法によってする送達であり、手段的例外をなす。郵便に付する送達と公示送達がこれに属する。前者は、前述したように、送達書類を裁判所書記官が書留郵

便に付して発送することによって送達が完了したものとみなされる方法であり（二七三条、後者は、書記官が送達書類を保管し、受送達者が出頭すればこれを交付する旨を裁判所に掲示して行う送達方法（二七九条）である。公示送達は、送達場所の不明等により受送達者への交付が不可能な場合に、相手方当事者の訴訟追行を可能にするため、単に交付の機会を与えるだけで送達を完了させる制度であり、受送達者が書類の内容を了知しえない場合のあることを当然に予想したものである。それゆえ、厳格な要件が課され（一七八条参照）、他の送達方法によることができない場合の最後の手段と位置づけられており、手続上も特に裁判長の許可を要するものとしているのである。

郵便に付する送達も、現実の書類の到達がなくとも送達の効力を生ずるもので、その点で公示送達と同じく、一種の送達の擬制を認めたものといえることができる。それゆえ、場合によっては、受送達者の利益を著しく害するおそれがあることは否定しえない。ところで、現行法上、郵便に付する送達は以下の二つの場合になしうるものとされている。

(一) 送達受取人を定めて届け出る義務があるのに、その届出をしない場合（一七〇条二項）。

(二) 通常の交付送達はもとより、補充送達または差置送達によっても、送達することができない場合（一七二条）。

一七〇条一項は、当事者、法定代理人または訴訟代理人が受訴裁判所の所在地に住所等を有しない場合、送達を簡易・迅速にするため、受訴裁判所の所在地に送達を受くべき場所および送達受取人を定めて届け出る義務を課しており、(一)は、この義務に違反した場合に、一種の制裁として郵便に付する送達をなしうる、としたものである。このように、(二)の付郵便送達⁽¹⁾が受送達者の届出義務違反という有責事由を基礎としてなされるという構造は、次の(二)の場合との対比において留意すべき点であろう。また、被告について右の届出義務が発生するのは、訴状の送達を受けて訴訟係属を生じた時と解されるから、⁽²⁾少なくとも訴状については本条による送達は許されない点も注意すべきであろう。

さらに、督促手続については、債務者の住所地または事務所所在地の簡易裁判所の専属管轄とされるから（四三一条一項参照）、債務者への支払命令の送達が本条によることもありえない。

(二)の送達は、送達すべき場所は知れているが全戸不在などの理由により交付送達ができない場合になしうるもので、送達場所が知れている場合の最後の手段たる位置づけを与えられているといえることができる。この付郵便送達は、(一)の付郵便送達と異なり、受送達者の有責性は何ら要件とされておらず、交付送達の不能という要件以外何ら制限が存しないから、条文の文言からするかぎり、訴状の送達にも支払命令の送達にもこれを利用することが許されないわけではない。それゆえ、この付郵便送達の運用次第では、換言すれば、交付送達の不能の判断基準次第で、被告または債務者が、自己の責めに帰すべき事由もなく自分の全く知らないうちに債務名義が形成されてしまう、という事態も生じうる。そこで、一七二条の「前条ノ規定ニ依リテ送達ヲ為スコト能ハサル場合」とは、具体的にいかなる場合をさすかが、実務上極めて重要な問題となる。

このこととの関連で、昭和五七年の法改正により導入された就業場所送達の制度（二六九条二項・一七一条二項）について触れておかなければならない。前述のように、最近の国民の生活状況の変化により昼間不在家庭が増加し、住居所に宛てての送達が不送達となる場合が多くなった。ところで、昼間不在者が増大したということは、とりもなおさず、他の事業主の下で就労する者が増加したことの反映であることから、従来実務上行われていた勤務先への送達⁽³⁾を立法化して、送達の効率を高めようと図ったのが、この就業場所送達の制度である。⁽⁴⁾この法改正により、法律上、一七二条の付郵便送達が実施されうる要件として、この就業場所送達も不能であることが加わったわけであるから、右の法改正は、実質的に一七二条の要件を厳格化したものであると評価することができる。したがって、今日では、住居所等への送達が不奏功となったからといって、就業場所送達を試みることなく、直ちに付郵便送達を実施するこ

とは明らかに許されないとわなければならない。

ところで、一七二条の要件を備えた場合でも、すなわち、住居所等において補充送達、差置送達ができず、かつ、就業場所における送達ができないと認められる場合であっても、書記官は郵便に付する送達を実施する義務を負うわけではなく、これを実施するか否かは書記官の裁量に委ねられている。そこで、右の交付送達ができないということの認定基準とこれが認定できる場合に付郵便送達の実施に踏み切る裁量基準とは、事実上不即不離の関係にあると捉えることもできる。すなわち、交付送達不能の認定基準につき、住居所への送達、就業場所への送達がそれぞれ一回不奏功となっただけで直ちに一七二条の要件を備えたとするか、それでは足りないとするか、という問題も、運用の面では書記官の裁量基準に吸収されることになる。⁽⁶⁾ それゆえ、実務上、いかなる運用基準によって付郵便送達が実施されるかが重要である。

この点に関して、昭和五四年に実施された最高裁判事局の調査によれば、地方裁判所五〇庁のうち郵便に付する送達について運用の基準を設けている庁は一七庁あり、その基準の例として次のようなものが挙げられている（昭和五年改正前であるので、就業場所送達が制度化されていない点に注意）。

- ア 他の方法による送達が著しく困難な場合に実施する。
- イ 特別送達二回、執行官による送達一回実施しても送達できない場合に実施する。
- ウ 再度の通常の方法による特別送達、速達郵便による特別送達ができない場合（合計三回以上）に実施する。
- エ 速達郵便による特別送達、執行官による送達ができない場合に実施する（この場合、書留郵便に付して発送すると同時に、この旨の通知書を普通郵便で送付する）。
- オ 特別送達、執行官による送達、書記官による交付送達ができない場合、常に実施する。判決正本、訴状副本お

よび第一期期日呼出状以外の書類については、欠席のまま最終する場合に実施する。

カ 普通郵便で書類の受取りを勧告してから、若干日を遅らせて再度特別送達を行い、それでも送達できない場合に実施する。

キ 第二回口頭弁論期日以後の送達書類について実施する。

ク 特別送達または執行官による送達ができない場合に、勝訴当事者に対する判決正本の送達について実施する。

ケ 送達場所において居住している事実が確認できれば、郵便に付する送達の上申書を提出させてから実施する。

コ 受送達者の態度等によって、受取拒絶が予想される場合に実施する。

サ 判決正本および訴状副本については、原則として郵便に付する送達を行わない。

また、信販関係事件については、最高裁判事局が昭和五八年度中に各庁の事件処理の事情を調査し、これに基づき次のような「送達の運用基準」を示している。⁽⁸⁾

(イ) 次の場合に書留郵便に付する送達を実施する。

「(1) 就業場所が判明している場合

住所、居所等における送達（特別送達）が受取人不在の理由により一回不奏効となり、次に、就業場所における送達（特別送達）が受取人不在、就業場所なし、補充受送達者受領拒絶の理由により一回不奏効となったときには、直ちに住所、居所等にあてて書留郵便に付する送達を行う。

(2) 就業場所が判明していない場合

①住所、居所等における送達を受取人不在の理由により不奏効となり、②日曜日、休日に送達されるよう速達郵便による送達を再度実施したが、受取人不在の理由により不奏効となったときには、書留郵便に付する送

達を行う。ただし、各庁の郵便事情等の実情に依じて、②を省略する取扱いも可とする。

就業場所が判明しないことについては、積極的な認定資料（例えば、相手方の調査報告書）が必要であるから、この資料がない場合は、相手方にその提出を求めなければならない。

(二) 書留郵便に付する送達を行った場合には、これと同時に受送達者の住所、居所等にあてて第一種郵便物又は第二種郵便物（通常はがき）により左記様式の通知書⁽⁹⁾を発送する。

(三) 書留郵便に付する送達の要件は、各訴訟書類の送達の都度個別に判断する。」

さらに、一般事件についても、書記官研修所の実務研究報告書⁽¹⁰⁾において、次のような運用基準が示されている。

「(1) 訴状副本、第一回口頭弁論期日呼出状、訴えの変更申立書副本、判決正本、和解調書正本等の場合

(ア) 住居所等における特別送達が「不在」の理由により不送達となったときは、就業場所における特別送達を試みる。

(イ) 就業場所を調査するも判明しないとき、又は就業場所における特別送達を実施したが不能に帰したときは、住居所等において日曜・休日にかけての速達による特別送達を実施する。

(ウ) 右によるも「不在」の理由で送達不能であるときは、原則として書留郵便に付する送達を実施し、同時に、書留郵便に付する送達を実施した旨を記載した文書を普通郵便で送付する。

(2) 右(1)掲記以外の、第二回以降の口頭弁論期日呼出状、書証写し、証拠申出書副本、準備書面副本等の場合

(ア) 住居所等における特別送達が「不在」の理由により不送達となったときに、就業場所における特別送達を試みる（右(1)と同じ。）

(イ) 就業場所送達が不能に帰したとき、又は就業場所が判明しないときは、直ちに書留郵便に付する送達を実施

し、同時に、書留郵便に付する送達を実施した旨を記載した文書を普通郵便で送付する。」

(1) 斎藤編・注解民訴法(3)四〇頁「斎藤執筆」。

(2) 斎藤編・前掲書三七頁。

(3) 清水祐三「昼間不在者に対する送達について」書研所報三一號創立三十周年記念論文集(昭五五)二八九頁以下参照。なお、昭和五七年の改正前の勤務先送達の適否をめぐる議論については、同論文二九〇頁(注)参照。

(4) 昭和五七年の法改正の背景および立法趣旨については、宇佐見隆男「民事訴訟法の一部改正と企業の対応」NBL二六五号(昭五七)三六頁以下参照。

(5) 昭和五七年の改正前のものであるが、一回でも全戸不在で送達できなかった場合は直ちに郵便に付する送達ができるとする考え方(岩松兼子・法律実務講座民訴編二卷三二六頁、菊井村松・全訂民訴法九五七頁、名古屋高判昭和四四年一〇月三一日高民集二二卷六号七四九頁)と、受送達者の保護という観点からこれに消極的な考え方(裁判所書記官実務講座民事篇一卷六八頁)があった。

(6) 理論上は、付郵便送達の要件を欠く場合は違法な送達として送達は無効となるが、要件を具備する以上は、裁量の当・不当はともかく、送達の効力は認められることになる。

(7) 昭和五四年一月二八日付民事局照会の「昼間不在者に対する送達の実情について」に対する各地裁の調査結果報告。清水・前掲論文三〇〇頁以下による。

(8) 最高裁判所事務総局民事局編・信販関係事件に関する執務資料(民事裁判資料一五二号)(昭五九)三三三頁以下。

(9) 通知書の文面は、次のような内容である。

「この度、原告〇〇があなたに対し〇〇請求訴訟(事件番号昭和〇〇年(第〇〇号))を当裁判所に提起しましたので、過日あなたに〇〇を送付しましたが、不在のため返送されました。

そこで、本日、改めて、右書類を書留郵便により発送しました。この発送によりあなたがこれを受け取らない場合でもそのまま訴訟は進行し、不利益を受けることになりません。

つきましては、郵便配達時に不在などのため受け取ることができなかったときは、早速郵便局へ行って書類を受け取ってください。なお、この事件の審理は来たる〇月〇日午前〇時〇分から当裁判所において行われますので、念のため通知します。」

(10) 勝野上田・民事関係書類の送達実務の研究―改訂―(書記官実務研究報告書二〇卷二号)(昭六一)一五六頁以下。

三 具体的事例

前述したように、これまで郵便に付する送達に関する公表判例は少なく、現実的問題として意識される機会が少なかった。そこで、筆者が入手した資料を基に、付郵便送達が問題となった若干の具体的事例をここに紹介し、実際の問題状況を明らかにしてみたい。以下の事例は、③のケースの釧路地裁決定を除き、いずれも判例集に掲載されていない事件であるので、資料の意味も兼ねて、やや詳しく紹介することとしたい。

ケース① 釧路簡裁昭和六〇年(ワ)第一二二号、売掛代金請求支払命令申立事件

本件は、石油類の販売を業とするM商事株式会社が、申立外N会社に対してガソリン・灯油等を四ヶ月間継続的に売掛けたが、その残代金約一十万円が未払いであるとして、連帯保証人Aを債務者として右代金につき支払命令を申し立てた事件である。一件記録によると、次のような経過で仮執行宣言付支払命令が下されている。

昭和六〇年一月八日支払命令の申立て。一月一四日支払命令を発し、一七日特別送達によりAの住所地に送達されたが、不在のため送達できず、郵便局で保管していたが留置期間満了を理由に二九日裁判所に返送された。二月七日、Mが「債務者に対する送達は就業先がないので、書留郵便に付する送達相成りたく、上申致します」との上申書提出。一二日Aに対して郵便に付する送達により支払命令の送達がなされた。二七日Aから仮執行宣言の申立て。三月六日支払命令に仮執行宣言が付され、八日この仮執行宣言付支払命令が特別送達によりAの住所地に送達されたが、不在のため郵便局に保管され、一九日留置期間満了を理由に裁判所に返送された。三〇日、郵便に付する送達により仮執行宣言付支払命令の送達がなされた（ここでは、郵便に付する送達を欲するMからの上申書は提出されていない）。

Mは、右支払命令に基づき動産執行を申し立て（釧路地裁昭和六〇年（執イ）第六八六号）、八月二三日Aに対して動産の差押えがなされた。Aは、ここに至って始めて事件の存在を知り、調査した結果、八月三〇日釧路簡易裁判所に右支払命令の存在を知った。そこで、九月三日支払命令の謄本の交付を裁判所に申請し、その交付を受け、同日右支払命令に対する異議申立てを行うとともに、翌四日強制執行停止を申し立てた。なお、Aの申立てによれば、AはN会社の役員（営業所長）をしていたことがあるが、MとNとの間のガソリン等の継続的購入契約に関し連帯保証を約したことはない、とされている。

釧路簡易裁判所（昭和六〇年（イ）第一〇三二号、昭和六〇年九月六日決定）は、右支払命令に対する異議申立てにつき、「本件記録によれば、債務者に対する本件仮執行宣言付支払命令正本の送達は、昭和六〇年三月三〇日に適法になされていることが明らかである。そうすると、債務者の本件異議は、本件仮執行宣言付支払命令の送達の日から二週間を経過した後になされた不適法なものである」として、申立てを却下した。また、強制執行停止申立てについても、不適法として却下した（釧路簡裁昭和六〇年九月二二日決定）。

Aは、右九月六日の決定に対して即時抗告をなし、本件においては、支払命令も仮執行宣言付支払命令も郵便に付する送達により送達がなされ、債務者が一度も異議申立ての機会を實質的に与えられなかったとして、民事訴訟法一五九条に基づく訴訟行為の追完を主張した。これに対して、釧路地方裁判所（昭和六〇年（イ）第一号、昭和六〇年一月一三日決定）は、郵便に付する送達においては送達書類を現実に受送達者が受領したかどうかは送達の効力とは関係がなく、本件支払命令正本および仮執行宣言付支払命令正本の送達はいずれも適法であるとして、抗告を棄却した。

Aは、再抗告を申し立て、本件送達は民事訴訟法一七二条に違反してなされたもので無効であり、仮に送達自体に瑕疵がないとしても同法一五九条により本件異議申立てが許されるべきであると主張し、さらに、本件の如き手続で

も郵便に付する送達が送達として有効であるとするならば、民事訴訟法一七二条は憲法三二一条に違反すると主張した。これに対し、札幌高等裁判所(昭和六〇年(ワ)第五一号、昭和六一年一月二〇日決定)は、以下のように述べて、再抗告を棄却した(なお、本決定理由は、再抗告人の主張を仔細に検討し、本件の付郵便送達を適法とするにあたり詳細な理由づけを与えているので、少々長くなるが、ここにその該当部分を引用する)。

「二 再抗告の理由第一点について

1 再抗告代理人は、民事訴訟法一七二条の書留郵便に付する送達(以下「郵便に付する送達」という。)は、就業場所が判明していない場合であることを要するのにかかわらず、原決定は、再抗告人の就業場所が判明していなかったか否かについて全く考慮しておらず、同条の解釈適用を誤った違法があると主張するので検討するに、一件記録によれば、相手方代理人弁護士泉敬から昭和六〇年二月七日釧路簡易裁判所に対し、再抗告人は就業場所がないので郵便に付する送達をされたい旨の上申書が提出されていることが認められるところ、右は相手方代理人が再抗告人の就業先について調査した結果を概括的に記載したものと推認されるから右上申書に基づいて再抗告人の就業先が判明しないとの事実を認めることは必ずしも許されないわけではない(なお、再抗告人は、本件不服申立を通じ、積極的に自らの就業先を具体的に一言も述べていない。)から、釧路簡易裁判所が、郵便に付する送達の手続をとったことをもって違法であるときまでいえないし、再抗告人は、原審において、この点についての不服をなんら主張していないので、原決定もとくにこれについて明示の判断をしなかったものにすぎず、原決定には郵便に付する送達の要件である就業場所が判明しない事実の存否について考慮しなかった違法及び抗告理由について判断をしなかった違法があるとはいえない。

2 次に、再抗告代理人は、(1)住所、居所等への送達が、受取人不在の理由によりできなかった場合は、更に日曜

日、休日に送達されるよう速達郵便による送達を実施すること、(2)郵便に付する送達を行うと同時に、受送達者の住所、居所等にあてて第一種郵便又は第二種郵便（はがき）による通知書（以下「通知書」という。）を発することが、いずれも郵便に付する送達の要件であり、これを欠くときは違法である旨主張するので考えるに、郵便に付する送達は、受送達者に現実に到達したか否かを問わず、発送時に送達の効果を擬制するものであるから、再抗告人主張のような各措置をとることが一応望ましいとはいえるが、これらはいくまでも運用上の問題にすぎず、民事訴訟法一七二条の規定の文言及び立法趣旨等に照らし、前記(1)、(2)の各措置をとることが郵便に付する送達の要件であるということはできないのであって、これらの各措置をとらなければ郵便に付する送達はその要件を欠き、送達の効力を生じないとまではいえず、また、これらの各措置をとらなかつたからといって書記官の送達方法の選択についての裁量権の逸脱ないし濫用となるともいえない（なお、一件記録によれば、釧路簡易裁判所は、昭和六〇年二月二日すなわち支払命令正本について郵便に付する送達手続をとつた際、郵券として三五〇円を使用していることが認められ、これによれば、通常の郵便に付する送達をなしたときに要する費用である三一〇円より四〇〇円多く使用しており、はがき（通知書）によつて、その旨を通知したことが窮われる。）。そうだとすれば、再抗告代理人のこの点の主張は理由がなく、これを採用しなかつた原決定には法令の違背はないといふべきである。

3 また、再抗告代理人は、本件は再抗告人がその責めに帰すべからざる事由により不変期間を遵守することができなかつた場合に於けるから、民事訴訟法一五九条一項の規定により訴訟行為の追完を許すべきであると主張するので検討するに、同項の当事者の責めに帰すべからざる事由とは、一般人が訴訟追行者として通常用いると期待される注意を払つたにもかかわらず避けられないと認められるような事由をいうところ、一件記録によれば、再抗告人に右にあたるような事由が存したとの事情は窺われず、他方、本件支払命令正本の送達の場合は、再抗告人は、

当初の特別送達とこれに次ぐ書留郵便の配達の際に、それぞれ郵便集配人が送達先に差し置いた書面（集配郵便局郵便取扱規程（昭和四〇年四月一六日公達三五号）一六一条一参照）及び右書留郵便に付した際に裁判所が発した通知書により、合計三回にわたり、郵便物の受領方を促されながらこれを受領しなかったこと、仮執行宣言付支払命令正本の送達の場合は、特別送達及び書留郵便の配達の際に、それぞれ郵便集配人が差し置いた書面により、二回にわたり、郵便物の受領方を促されながらこれを受領しなかったこと（いずれの場合においても、郵便物を受領する手続（郵便局に出頭など）をとることができなかったという特別の事情の存することは、再抗告人において具体的に主張、立証しないところである。）が認められるから、再抗告代理人が主張するように、仮執行宣言付支払命令正本を書留郵便に付した際に、通知書を出していたならば、右正本の交付を受けえた可能性が大であったとはいえないし、再抗告人が、前認定のとおり、その意思により郵便物を受領しなかった以上、その責めに帰すべからざる事由により不変期間を遵守することができなかつたとは認められず、再抗告代理人のこの点の主張を容れなかつた原決定には法令違背は存しない。

三 再抗告の理由第二点について

民事訴訟法一七二条は、住所、居所等において、受送達者にもその代人にも出会わないために、通常の交付送達よりもより補充送達も差置送達もできなかった場合であつて、かつ、就業場所が判明していない場合又は就業場所における送達が不奏功の場合に、書記官が送達書類を住所、居所等にあてて書留郵便に付して発送する方法により、送達を実施することができる旨定めたものであつて、この方法によるときでも、受送達者が送達場所である住所、居所等において書留郵便を受領し又は郵便集配人の差し置く通知により留置郵便局に出頭して現にこれを受領するなどにより、送達書類は現に受送達者において容易に受領することができるものであつて、受送達者がその裁判手続

上その権利を行使するのに妨げとならないはずであるから、同条は憲法三二条に違反するものではなく、また、前記二に説示した事実関係のもとでは、所論の各送達手続が同条に違反するものとは認めがたい。再抗告代理人の、民事訴訟法一七二条が憲法三二条に違反することを理由として、原決定に憲法の違背があるとの主張は採用し難い。」そこでAは、さらに特別抗告を提起し、本件支払命令申立事件の送達は、Aの裁判を受ける権利を奪ったものであり、憲法三二条に違反すると主張した。これに対し、最高裁判所（昭和六一年（ウ）第五六号、昭和六一年三月二四日第二小法廷決定）は、「本件抗告理由は、違憲をいうが、その実質は原決定の単なる法令違背を主張するものにすぎず」民訴法四一九条ノ二所定の場合にあたらぬと認められるから、本件抗告は不適法であるとして却下した。

本件では、支払命令の送達および仮執行宣言付支払命令の送達につき、いずれも特別送達が一回不奏功の後直ちに郵便に付する送達の方法が採られており、また、「運用基準」で郵便に付する送達の際なすべきものとされている通常はがき等による通知は、支払命令送達の際には行われているが、仮執行宣言付支払命令送達の際には行われていない。Aから受任した弁護士の説明によれば、本件督促事件係属当時、Aは自営のセールス業に従事しており、昼間は不在がちであるが、夜間は必ず家に家族がいる状態であったということであり、夜間送達がなされたならば奏功した蓋然性が高い、と考えられるケースである。

ケース② 釧路簡裁昭和六〇年（ワ）第二〇五号、立替金等請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Jが、同社の発行するクレジットカードを利用してその加盟店より日用品等を購入し、またキャッシングサービスを受けた債務者Hとその連帯保証人Tに対して、右購入代金の立替金および貸金の残金約三三万円につき支払命令を申し立てた事件である。なお、Tの主張によれば、TはHのクレジット契約の連帯保証をした覚え

はないという。事件の経過は以下の如くである。

昭和六〇年一月二六日支払命令の申立て。二月二日特別送達によりTに支払命令が送達される（Tの主張によれば、Tはここで始めて自分が連帯保証人とされていることを知り、妻を詰問したところ、Tの妻が友人であるHに頼まれ、無断で夫の名前で連帯保証をしたというものであった。Tの妻は主債務者Hと共に債権者J方に支払命令を持参し、主債務者が自分で支払う旨確約したため、Tはこれで決着したと考え安心していったという）。Hに対する特別送達は、不在のため不送達となり、留置期間満了により二月一四日返送された。二二日債権者Jより、Hの就業先不明として郵便に付する送達を求める上申書が提出され、二七日郵便に付する送達がなされた。二二日Tに対する支払命令につき仮執行宣言の申立てがなされ、二六日仮執行宣言付支払命令が特別送達により発送されたが、不在のため不送達となり、三月一二日留置期間満了により返送された。五月七日Jより郵便に付する送達の上申がなされ（ここでは、就業先不明を理由としていない）、八日Tに対する仮執行宣言付支払命令が郵便に付して送達された。

Jは、右仮執行宣言付支払命令に基づき、一月八日Tの給料債権に対する差押えを行う旨通告、一五日釧路地方裁判所より債権差押命令が発せられた。これに対してTは、一月九日仮執行宣言付支払命令に対する異議を申し立てた。釧路簡易裁判所（昭和六〇年（ハ）第二三〇六号、昭和六〇年一月二一日決定）は、本件異議は仮執行宣言付支払命令の送達の日から二週間を経過した後になされた不適法なものであるとして、申立てを却下した。

Tは一月一二日即時抗告をなし、Tが本件仮執行宣言付支払命令を受領しておらず、それゆえ自己の責めに帰すべからざる事由により異議申立期間内に異議の申立てをすることができなかったものであるとして、民法一五九条により異議申立てを認めるべきであると主張し、さらに、Tは勤務先を有し、JもTの勤務先を知悉していたにもかかわらず、就業先送達を経ずになされた本件郵便に付する送達は、その要件を欠き違法であると主張した。これに対

し、釧路地方裁判所(昭和六〇年(イ)第三号、昭和六一年一〇月一七日決定)は、次のような理由により、原決定を取り消し、Tの仮執行宣言付支払命令に対する異議の申立てを適法と認めた。

「抗告人は、本件の仮執行宣言付支払命令の請求の原因であるHの債務の連帯保証人となる旨の保証契約を相手方との間で締結した際、自己の勤務先であるK水産株式会社の会社名、所在地、電話番号を右契約の定型契約書の各記載欄に記入している上、実際にも昭和五一年六月ころから昭和六一年六月五日現在まで右会社の従業員として稼働していること、相手方の事務担当者は、抗告人の右勤務先を知らずながら釧路簡易裁判所に対し右勤務先を上申せず、本件仮執行宣言付支払命令を同人の住居に書留郵便に付して送達してほしい旨の上申書を提出していたことが認められ、右事実によれば、相手方は抗告人の勤務先を熟知しており釧路簡易裁判所に容易に上申できたにもかかわらず、早期に債務名義を取得しようという不当な意図の下に抗告人に送達可能な就業場所があることを同裁判所に知らしめなかったことが明らかであるから、本件は実質的には就業場所が判明している場合に当たるものといふべきであり、同裁判所が上申書提出後相手方に対し抗告人の就業場所の有無につき確認したことを認めるに足りる資料はないけれども、結局本件仮執行宣言付支払命令は抗告人の就業場所に送達することが可能であったものであるのにかかわらず、抗告人の就業場所への送達を行わずに書留郵便に付して送達されたものといわざるを得ない。そうすると本件送達はその要件を欠く違法な送達といふべきである。」

本件では、支払命令の送達は通常の交付送達によってなされたものの、債務者が裁判外で決着済みと考え異議を申し立てないでいたところ、仮執行宣言付支払命令が郵便に付して送達されたため、債務者の知らないうちに債務名義が作出されていた、というケースである。本件でも、特別送達が一回不奏功で付郵便送達が実施されている。抗告審裁判所は、請求原因である保証契約の契約書に債務者の勤務先が記入されている点を重視し(決定理由には明示されてい

ないが、後に債務者の給料が差し押さえられた点も、事実上考慮されたと思われる。債権者が債務者の勤務先を知らずながらこれを上申せずに付郵便送達を求めたものと認定し、債権者の「不当な意図」を強調している点が注目される。また、債務者の異議申立てを認めるにあたって、民訴法一五九条の訴訟行為の追完によるのではなく、仮執行宣言付支払命令の送達が違法なため未だ債務者に送達されていないとして、民訴法三六六条一項但書の準用によるものとしている点も、注目される点である。

ケース③ 釧路簡裁昭和六〇年(回)第三二八七号、貸金請求支払命令申立事件

本件は、②のケースと類似の事件であり、信販会社Jが、同社の発行するクレジットカードを利用してキャッシングサービスを受けた者の連帯保証人Sに対して、右貸金約三一万円につき支払命令を申し立てたものである。Sの主張によれば、Sは連帯保証を約したことはなく、Sの妻がSに無断で保証契約を締結したものである。事件の経過は次の通りである。

昭和六〇年一月二日の申立てに基づき、一六日支払命令発令。直ちに特別送達がなされたが、不在のため郵便局で保管、二七日郵便局窓口にてSの妻が受領。六一年一月一三日仮執行宣言、直ちに特別送達がなされたが、不在のため不送達、二九日留置期間満了により返送される。二月三日Jより、Sの就業先不明として郵便に付する送達を求める上申書提出。同日郵便に付する送達により仮執行宣言付支払命令の送達がなされる。

三月初め、SはJから給料の差押えをする旨の電話連絡を受け、裁判所の記録を調査、三月一二日仮執行宣言付支払命令に対する異議申立て。釧路簡易裁判所(昭和六一年三月一八日決定)は、申立期間徒過を理由に却下。二六日S即時抗告。これに対して、釧路地方裁判所(昭和六一年(ワ)第三号、昭和六一年一〇月一七日決定、判例タイムズ六三九号二三

頁)は、次のように説示して、原決定を取り消し、Sの異議申立てを適法と認めた。

「抗告人は、本件仮執行宣言付支払命令の請求の原因であるKの債務の連帯保証人となる旨の保証契約を相手方との間で締結した際、自己の勤務先であるI板金株式会社(以下「I社」と称す)の会社名、所在地、電話番号を右契約の定型契約書の各記載欄に記入している上、実際にも昭和四三年九月ころから昭和六一年六月一日現在まで右会社の従業員として稼働していること、相手方の事務担当者であるTは、一旦不送達になった本件仮執行宣言付支払命令正本をすぐに抗告人の住居に書留郵便に付して送達してもらおうと考え、同人に右勤務先があることを知りながら釧路簡易裁判所に対し、あえてこのことを秘匿して抗告人の就業先が不明であるためという虚偽の理由を記載した書留郵便に付する送達を求める旨の上申書を提出したこと(この点は、Tが自認するところである。)が認められ、右事実によれば、相手方は早期に債務名義を取得しようという不当な意図の下に、抗告人に就業場所があることを、同裁判所に秘匿していたことが明らかであるから、本件は実質的には就業場所が判明している場合に当たるものといわねばならず、結局本件仮執行宣言付支払命令正本は抗告人の就業場所に送達することが可能であったものであるのかかわらず、抗告人の就業場所への送達を行わずに書留郵便に付して送達されたものといわざるを得ない。そうすると本件送達はその要件を欠く違法な送達といわねばならない。」

本件では、支払命令の送達は債務者の妻が同居人として郵便局の窓口で受領したが、これを本人に交付しなかったようである(Sは支払命令の送達を受けた覚えはないと主張している)。仮執行宣言付支払命令については、特別送達が一回不奏功となった後、就業先不明の旨の上申により直ちに(即日)付郵便送達が実施されている。本件抗告審も、同日同裁判所が下した②事件の抗告審決定と同じ論理構成によっており、債権者が債務者の就業先を知りながらこれを秘匿して裁判所に上申書を提出し、これによって郵便に付する送達がなされたものと認定している。本件でも、「早

期に債務名義を取得しようという不当な意図」が強調されているが、本件では積極的に「就業先不明」という虚偽の上申がなされたのであるから、右「不当な意図」の認定は②より容易であったケースといえよう。

ケース④ 釧路簡裁昭和五八年(ロ)第二三五六号、立替金等請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Jが、同社の発行するクレジットカードを利用してその加盟店から物品を購入し、またキャッシングサービスを受けた債務者Kとその連帯保証人Dに対して、右購入代金の立替金と貸金の残金約四一万円につき支払命令を申し立てた事件である。本件も、保証契約の成立につき争いのあるケースである。事件の経過は次の通りである。

昭和五八年一〇月二六日支払命令発令。特別送達により送達がなされ、Dに対する送達は二八日Dの住所地でDの同居人が受領、Kに対する送達は一一月五日郵便局の窓口でKの妻が受領。一一月二八日Jの申立てにより、一二月七日仮執行宣言がなされ、特別送達がなされたが、KDいずれも不在のため不送達となり、二一日留置期間満了により返送。五九年一月九日Jより付郵便送達の上申があり、一七日KD兩名に対して郵便に付する送達により仮執行宣言付支払命令の送達がなされた。

六一年一月Jは、右仮執行宣言付支払命令に基づきDの給料債権の差押えを申し立て、一月三十一日釧路地方裁判所より債権差押命令が発令された。これに対し、Dは、二月六日になって始めて昭和五八年一〇月二六日付の支払命令の存在を知ったとして、二月七日右支払命令に対する異議を申し立てた。異議申立書によれば、Dは昭和五八年八月一七日から同年一一月一九日まで遠洋漁船に組み組みベリング海域で操業しており、本件支払命令が送達された当時これを受領しえない状況にあったことが明白であり、このことは簡易裁判所の窓口担当者も認識していたものであ

るから、右支払命令の送達は無効であると主張している。なお、右異議申立書の中で、Dの妻は支払命令を受領した時、直ちにKの妹と共に簡易裁判所の窓口に出向き、本件保証契約はDに無断でKが締結したものと思われ、Dは現在遠洋漁船に乗船しているため異議申立ての手續ができないのでどのような措置をとればよいか相談したという。ここで、Jと話し合い、支払命令を取り下げてもらうよう指導され、直ちにJ方に赴き、Jの担当者の「事情はわかった」旨の言により、Dの妻は支払命令は取り下げられたものと思っていたとのことである。右異議申立てに対し、釧路簡易裁判所（昭和六一年二月一日決定）は申立期間徒過を理由に却下。Dは一七日即時抗告（便宜上、以下「抗告一号」と呼ぶ）をなすとともに、昭和五八年一月二七日付の仮執行宣言付支払命令に対する異議を申し立て、それと同時に強制執行停止の申立てを行った。右異議申立書によれば、Dは昭和五八年一月二八日から五九年三月三日まで遠洋漁船に乗船しており、本件仮執行宣言付支払命令送達当時これを受領しえない状況にあったとして、右送達の無効を主張する。この異議申立てに対し、釧路簡易裁判所（昭和六一年二月二〇日決定）は、申立期間徒過を理由に却下。D即時抗告（以下「抗告二号」と呼ぶ）。

右抗告二号につき、釧路地方裁判所（昭和六一年三月二日決定）は、

「仮に、右抗告人主張の各事実がそのとおりとすると、抗告人は異議申立て期間内に支払命令の存在を知り、異議申立てを行うことが不可能な状況にあったのであるから、「当事者が其ノ責ニ帰スベカラザル事由ニ因リ不変期間ヲ遵守スルコト能ハザリシ場合」（民訴法一五九条）に該当し、本件支払命令の存在を知った日から一週間内になされた抗告人の本件支払命令に対する異議申立の追完を許すべきものと解するのが相当である」として、原決定を取り消し、事件を釧路簡易裁判所に差し戻した。

また、抗告一号についても、釧路地方裁判所（昭和六一年四月二三日決定）は、民訴法四一六条二項により事件を釧

路簡易裁判所に送付。これを受けた釧路簡易裁判所（昭和六一年四月二八日決定）は、再度の考案の結果、民法一五九条に該当するとして、支払命令に対する本件異議申立ての追完を許した（以後、通常訴訟に移行し、釧路簡裁にて五月三日口頭弁論期日が指定された）。

本件では、債務者が遠洋漁業に従事しており、支払命令および仮執行宣言付支払命令の送達当時、操業のため長期不在であったという特殊事情のため、民法一五九条による訴訟行為の追完が認められ、結果的に、送達の瑕疵は直接問題とされなかった。しかし、後に給料債権の差押えがなされた事実からも、就業先送達の可能性があったケースとみられ、②③のケースと同様に、仮執行宣言付支払命令についてなされた付郵便送達の適否も問題となりえた事案と思われる。

同じく、付郵便送達の適否自体は問題とせず、別の観点から督促事件の債務者を救済したケースとして次の⑤がある。

ケース⑤ 釧路簡裁昭和六〇年(回)第二二五一号、立替金等請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Jが、Yとの立替払契約に基づき、Yの申立外電気店に対する商品代金債務を支払ったとして、その立替金および手数料の残額約二三万円につき支払命令を申し立てた事件である。

後記再審事件判決の認定事実によれば、昭和六〇年八月二七日支払命令が発令され、二八日Yに送達（Yの妻が同居人として受領）。法定期間内に異議の申立てがなかったため、Jの申立てにより九月一八日仮執行宣言がなされ、その仮執行宣言付支払命令は一〇月四日Yに対し郵便に付する方法で送達された（郵便に付する送達の前にかなる送達が試みられたかは不明）。これに対する異議の申立てはなく、一〇月一八日右支払命令は形式上確定した、というものである。

Yは、昭和六〇年一〇月三〇日に右支払命令の存在を知り、再審の訴えを提起し（釧路簡裁昭和六〇年（一）第一号、立替金等請求再審事件）、本件立替払契約は、Yの知らない間にYの妻MがYの氏名・印章を冒用して契約したものであり、かつ、Mは支払命令送達の際同居人としてこれを受領しながら、右氏名冒用の事実が発覚することを恐れ、右支払命令正本を故意に隠匿していたものであって、このように、本人と利害が相反し対立関係にある同居人には送達受領権限がなく、これは民訴法四二〇条一項三号の再審事由に該当する、と主張した。

釧路簡易裁判所（昭和六二年八月二八日判決）は、次のように述べて再審を認め、仮執行宣言付支払命令を取り消すとともに、本案についても、立替払契約の成立が認められないとして、再審被告Jの請求を棄却した。

「民訴法一七一条一項は『送達をなすべき場所において、送達を受くべき者に会わざるときは、事務員、雇人、又は同居者にして、事理を弁識するに足りるべき知能を具うる者に書類を交付することを得』と規定するが、その趣旨は、送達場所で受送達者本人に送達書類を手渡せない場合に、その場所において、本人と一定の密接な関係ある者に手渡せば、通常の場合、その者を通じて直ちに本人に手渡されるであろうことが予想できるから、その者に送達書類を手渡したときに、受送達者本人に手渡したと同一の効力を生ずるものとしたものと解される。

そうすると、右の者が、送達にかかる事件について、受送達者本人と利害の対立があるなどの特別の事情があって、受送達者本人に送達書類を交付することが期待できず、かつ、この者が送達書類を受送達者本人に交付することなく、これを隠匿した場合には、この者は、同法一七一条一項による送達書類を受領する権限はないものと解するのが相当である。

右二で判示した事実によれば、Mは、再審原告の氏名、印章を冒用して本件立替契約を締結し、再審原告に債務を負担させるような結果をもたらしたのであるから、Mには本件支払命令正本を再審原告に交付することを期待し

えない特別な事情があり、現にMは、送達を受けた右支払命令正本を再審原告に渡すことなく、前記氏名冒用行為が発覚することを恐れ、故意にこれを隠匿したのであるから、Mは同法一七一条一項の送達書類を受領する権限はなかつたものである。

そして、同法一七一条一項のいわゆる補充送達について、書類の交付を受けるべき事務員、雇人、又は同居者は、送達の受領に関し、送達を受くべき者すなわち受送達者本人の法定代理人たる地位を有すると解すべきところ、Mは、前記判示のとおり、本件支払命令正本の送達を受ける権限がなかつたから、これは、再審原告が訴訟上適法に代理せられずという民訴法四二〇条一項三号の事由に該当するものと解する。」

本件では、支払命令の補充送達につき、実質上受領権限のない者が受領したとして、民訴法四二〇条一項三号の代理権欠缺にあたるとされ、その結果、仮執行宣言付支払命令につきなされた付郵便送達の適否自体は直接問題とはされなかつた。しかし、本件において、もし仮執行宣言付支払命令につき通常の交付送達⁽¹⁾がなされ、債務者にこれが交付されていたならば、再審が認められる可能性は著しく減縮したのではないかと考えられる。したがって、本件再審訴訟では、支払命令の送達が債務者と利害の対立する同居人によって受領されたために債務者本人に交付されなかつたことに加えて、これに続く仮執行宣言付支払命令も付郵便送達によつたため、結果的に本人の全く知らないうちに右支払命令が確定してしまつたという事情が併せ考慮され、債務者救済の必要性が高いと意識されたものと推測⁽²⁾される。

ケース⑥ 釧路簡裁昭和五九年(ロ)第一三三一号、立替金請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Oが、Eとの立替払契約に基づき、Eが申立外自動車販売会社から購入したトラックの代金を立

替払いしたとして、その立替金の残金約二二万円につき支払命令を申し立てた事件である。

一件記録によれば、昭和五九年五月二八日支払命令が発令され、特別送達により送付されたが不在のため不送達となり、六月一日留置期間満了により返送。一八日債権者より夜間速達による再送達の申請がなされ、二三日発送されたがやはり不在のため不送達となり、七月四日返送。一三日債権者より、勤務先不明として郵便に付する送達を求め上申書が提出され、一六日郵便に付する送達により支払命令の送達完了。八月二二日仮執行宣言が付され、特別送達により送付されたが、不在不送達により九月三日返送。一二日債権者より勤務先不明として付郵便送達の申請があり、翌一三日仮執行宣言付支払命令が郵便に付して送達された。

その後、債権者Oは、右仮執行宣言付支払命令に基づき、Eの給料債権の差押えを申し立て（日時は不明であるが、一件記録によると、昭和五九年一〇月五日に右仮執行宣言付支払命令の送達証明書の申請があり、同日交付されている）、債権差押命令が下された。Eはここで始めて事件を知り、弁護士に依頼。担当弁護士は債権者Oと交渉し、Eが立替払契約を締結した事実がないこと、Eは七年以上前から現在の職場に勤務しており、この勤務先をOは知っていたはずであるから、勤務先不明との上申は虚偽であること、このことは給料を差し押さえていることから明白であることを主張し、債権執行の申立ての取下げを要請。その後、Eの実兄が契約を締結したものであることが判明、半額を支払うことで和解し、Oは債権執行の申立てを取り下げた（以上は担当弁護士の説明による）。

本件では、特別送達が一回不奏功の後、（支払命令については、夜間の速達による送達を試みられたもの）勤務先不明との上申により就業場所送達を試みられず、直ちに付郵便送達がなされた。しかし、客観的にはEは勤務先を有しており、また、後になされた給料債権の差押えからみて主観的にもOは勤務先を知っていたと認められよう。したがって、②③のケースを参照すれば、本件の二つの付郵便送達は、いずれも就業場所送達が可能であったとして、民訴

法一七二条の要件を欠く違法なものであった、と解する余地がありそうである。いずれにせよ、本件の場合、送達事務を取り扱う書記官において、債権者の上申を鵜呑みにせず、就業先の調査を慎重にしていたなら、付郵便送達は回避できたのではないかと思われるケースである。

ケース⑦ 釧路簡裁昭和六〇年(ハ)第一三五二号、求償金請求事件

本件は、割賦購入斡旋業者たるLが、Sとの保証委託契約に基づき、Sが車輛購入代金として訴外信販会社から借り受けた債務につき代位弁済したとして、Sおよびその連帯保証人Fに対し右求償金約五〇万円の支払を求めた事件である。なお、FはSの実兄である。

記録によれば、昭和六〇年一月一八日訴え提起、訴状および第一回期日呼出状が二〇日Fに送達（Fの母が受領）、Sに対する送達は転居先不明により二一日返送。一月一九日第一回期日が開かれたが、F欠席。原告は訴状を陳述し、即日弁論終結。Sに対する訴えは取下げ。六一年一月二三日判決言渡、請求認容。Fに対する判決の送達は、不在不送達、留置期間満了により二月四日返送。同日書記官よりFの就業先について原告に電話聴取、不明との回答。同日郵便に付する送達によりFに対して判決送達。二月二七日原告は判決正本送達証明書の交付を受け、執行文付与申請。二八日執行文が付与され、これに基づきFの給料債権が差し押さえられた。

Fから依頼を受けた弁護士はLと交渉し、連帯保証を約した事実のないこと、および、Fは八年前から同一の職場に勤務しており書記官の電話聴取に対する就業先不明とのLの回答が虚偽であることを主張した。交渉の結果、主債務者Sが実弟であることから、Fが分割払いすることで合意。債権執行の申立ては取り下げられた。なお、Fは訴状送達当時、現実には別の場所に居住しており、訴状を受領したFの母はこれをFに交付していなかった、ということ

である（以上の事實は、担当弁護士の説明による）。

本件も、⑥のケースと同様に、判決確定後直ちに給料債権の差押えがなされており、原告が被告の就業先を知らな
いとは思われない事案である。また、郵便に付する送達が真実の住居所に宛ててなされたものであるかも問題となる
余地がある。

ケース⑧ 釧路簡裁昭和五九年(ワ)第三四九七号、立替金等請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Jが、Zとの立替払契約に基づき、Zが申立外会社から購入した印鑑の代金を支払ったとして、
Zおよびその連帯保証人Hに対して右立替金約四八万円につき支払命令を申し立てた事件である。なお、Zは、やき
とり店開店のため四つの信販会社から立替払・割賦販売等により合計約一三〇万円の資金供与を受けており、本件は
その取立ての一環とみられる（他の信販会社からもカラオケ等の割賦販売契約に基づきH・Zに対する売掛代金請求訴訟・釧路
簡裁昭和五九年(ワ)第一三〇一号が提起されており、昭和五九年二月二日、Zに対する訴えについては分割払いとする旨の和解
成立、Hに対する訴えは取り下げられた）。

記録によれば、昭和五九年二月六日支払命令が発令され、八日Zに送達、Hに対して不在不送達となり一九日留
置期間満了により返送。二七日債権者Jは、Zに対して仮執行の宣言を申し立て、Hに対しては就業先不明として付
郵便送達の上申。同日Zに対する仮執行宣言がなされ、二八日Zに送達。Hに対する支払命令の送達も二七日付郵便
送達にて完了。六〇年一月二四日Hに対する仮執行宣言の申立てがなされ、二八日仮執行宣言。Hに対する送達は不
在不送達となり、二月九日留置期間満了により返送。一九日債権者より、Hが転居しているとして新住所への再送達
の上申。Hの新住所への送達も不在不送達となり、三月八日返送。三月一二日債権者より付郵便送達の上申があり、

一四日付郵便送達によりHに対する仮執行宣言付支払命令の送達完了。

六一年五月、JよりHに対して催告書が送付され、債権の存在については裁判が確定している旨指摘される。六月一日Hは支払命令に対する異議を申し立て、支払命令の送達を受けていないこと、Hは昭和五八年一二月に現住所に転居しており（住民票も移転済み）右支払命令の送達は旧住所宛てになされたものであること、HはZという人を知らず連帯保証をした事実もないこと、を主張した。釧路簡易裁判所は右異議を認め、事件は訴訟に移行した。

本件においては、支払命令の付郵便送達が債務者の旧住所に宛ててなされており、郵便に付する送達は真実の住居所等に宛ててしなければ効力を生じないこととされているから、裁判所としてはこの点で債務者の異議を認め易かった事案といえよう。しかし、六〇年一月一九日の債権者の上申により、債務者が転居していることが判明した時点で、送達の場合および方法を決定する権限を有する書記官としては、いつ転居したか（したがって、以前になされた支払命令の送達が有効であるか）を調査すべきことが要請されたのではないであろうか。

ケース⑨ 釧路簡裁昭和五九年(ロ)第三二一〇号、貸金請求支払命令申立事件

本件は、貸金業を営むA会社が、T₁に対し一〇万円を貸し渡したとして、その残金約三万円につきT₁およびその連帯保証人T₂に対して支払命令を申し立てた事件である。T₁とT₂は同居の親子である。

記録によれば、昭和五九年一月七日支払命令発令、特別送達により送付されたが、不在のため不送達となり一月二一日返送。三〇日債権者より、債務者の夜間・休日における在宅時間も不明、就業先も不明として、郵便に付する送達の上申書提出。一二月三日支払命令を郵便に付して送達。一二月二五日仮執行宣言が付され、特別送達により送付されたが不在のため不送達、六〇年一月九日返送。債権者より前同様の上申書が提出され、一月一日付郵便送

達により仮執行宣言付支払命令の送達完了。一月二十九日債務者T₁T₂より仮執行宣言付支払命令に対する異議申立て（右支払命令の存在をいついかなる方法で知ったかは不明）。裁判所は、申立期間徒過を理由に右異議申立てを却下（昭和六〇年二月二三日）。

本件では、債務の存在については争いがなく、異議申立ての目的も分割弁済を求めるためのものであり、金額も少額であったため更に争うことはしなかった、ということである（担当弁護士の説明による）。しかし、債務者宅では夜間は必ず家族がいるということであり、また、（一件記録中の予納郵便切手保管票の記載によると）郵便に付する送達の際、「運用基準」に示されている通常はがき等による通知は一切なされていないという点で、送達手続の運用上、若干問題のあるケースといえよう。

ケース⑩ 釧路簡裁昭和六〇年(イ)第一二九〇号、立替金請求事件

本件は、信販会社Lが、Jとの立替払契約に基づき、Jが訴外会社から購入した呉服の代金を支払ったとして、右立替金約七二万円の支払を訴求した事件である。

記録によれば、昭和六〇年一月七日訴状および第一回期日呼出状が発送されたが、J不在のため不送達となり、二〇日留置期間満了により返送。二二日原告より、就業先不明として再送達の上申がなされ、二五日付郵便送達により訴状および呼出状が送達された。一月五日第一回口頭弁論期日に被告は欠席し、原告が訴状陳述して弁論終結。一月二六日判決が言渡され、請求認容。被告に対する判決の送達は、不在のため郵便局で保管され、一月三〇日被告の妻が郵便局窓口で受領した。Lは六一年一月二七日執行文の付与を受け、二月六日Jの給料債権を差し押さえた。

Jより受任した弁護士の説明によると、Jは本件立替払契約の存在を全く知らず、妻が無断で締結していたものであり、事件発覚後夫婦はこの件が原因で別居している、ということである。本件では、就業先不明の上申により訴状につき郵便に付する送達がなされたが、被告は一〇年来同一の職場に勤務しており、原告も勤務先を熟知していたもようであり、このことは判決確定後直ちに給料債権を差し押さえていることから明らかである。また、訴状の送達につき、原告は再送達の上申をしたにすぎないのに（付郵便送達の上申ではない）、書記官が直ちに付郵便送達を行った点も、送達運用上問題があるといえるのではなからうか。

ケース⑪ 釧路簡裁昭和五八年(ロ)第三九〇号、立替金請求支払命令申立事件

本件は、信販会社Cが、Kとの立替払契約に基づき、Kが百貨店から購入した呉服の代金を支払ったとして、右立替金約一〇万円につき支払命令を申し立てた事件である。

記録によれば、昭和五八年三月三日支払命令が発令、Kに対する送達は不在のため不送達となり、一七日返送。二四日債権者より再送達の申請があり、三二日再び特別送達により発送され、同日送達（郵便送達報告書には受領印が押捺されているだけで、受領者が誰であるか不明）。四月二一日仮執行宣言。Kに対する送達は不在不送達となり、五月六日返送。一六日債権者より再送達の申請があり、二二日特別送達にて再送達を試みたがやはり不在不送達となり六月二日返送。六月一〇日債権者より付郵便による再送達の上申があり、一三日仮執行宣言付支払命令が郵便に付して送達された。

Kから受任した弁護士の説明によると、本件立替払契約はKの妻が無断で締結したもので（なお、その後K夫婦は離婚し、Kの妻は破産宣告を受けた）、K自身は全く知らず、また、本件支払命令も仮執行宣言付支払命令もKは受領して

おらず、妻の破産後債権者から支払催告を受けて始めて、債務名義の存在を知ったということである。

本件では、支払命令の送達報告書に受領者名が記載されておらず、また、仮執行宣言付支払命令を郵便に付して送達する際、就業先の調査が全くなされてない（債権者の上申書にも「就業先不明」の記載はない）点が問題となろう。

ケース⑫ 札幌簡裁昭和六〇年（ハ）第二九二二号、立替金請求事件

本件は、信販会社Oが、Mとの立替払契約に基づき、Mが訴外商店から購入した呉服の代金を支払ったとして、Oに対して右立替金残金五九万円の支払を訴求した事件である。

記録によると、昭和六〇年四月二五日訴え提起（訴状の被告欄には就業先不明と記載されている）。五月二日特別送達により訴状および第一回期日呼出状が発送されたが、不在のため不送達となり、一七日留置期間満了により返送。六月五日第一回期日に被告欠席。六月七日原告より上申書が提出され、被告に対する送達は、「勤務先を調べたがわからない」として、訴状記載の住所に宛ててするよう申請。同日郵便に付する送達により訴状および第二回期日呼出状が送達された。七月一日第二回期日が開かれ、被告欠席のまま、原告が訴状を陳述し、弁論終結。七月一七日判決言渡し、請求認容。判決の特別送達は不在不送達となり、三一日返送。同日郵便に付する送達により判決の送達完了。

本件では、被告が帯広市在住のため、原告会社の営業所所在地にある札幌簡易裁判所につき合意管轄の存在を証明するために、「ショッピングクレジット契約書」の写しを提出しており（六月五日の第一回期日に提出）、その契約書には被告の勤務先（勤続三・七年）が記入されている。それにもかかわらず、訴状でも六月七日付の上申書でも、就業先不明とされ、郵便に付する送達がなされている。

以上の若干の具体的事例からいくつかの類型的特徴を挙げるなら、次のような点が指摘できるであろう（もつとも、わずかに二例にすぎず、しかも⑫のケースを除きいずれも釧路簡裁の事件であるから、これを一般化することは必ずしもできないであろう）。

- (1) 信販関係事件がほとんどであること。
 - (2) 圧倒的に督促事件が多いこと。
 - (3) 信販会社がクレジット契約等の連帯保証人に対して支払命令を申し立てたケースが多いこと（なお、②③④⑤⑧のケースのJは、同一の信販会社であり、同社の債権回収方法の中に付郵便送達の上申が組み込まれていることが窺える）。
 - (4) 請求原因たる契約の成立につき争いがあること（明らかに争いのないのは、⑨だけである）。
 - (5) 特別送達が全戸不在により一回不奏功となった後、直ちに付郵便送達が実施されているケースが多いこと（「運用基準」が十分に遵守されていないことを示す）。
 - (6) 債権者が就業先不明と明示して、または明示せずに付郵便送達を求める上申をなし、債務名義を取得した後、債務者の給料債権を差し押さえている場合があること。
 - (7) 付郵便送達を実施する際、「運用基準」に示されている普通郵便による通知がなされていない場合が少なくないこと。
- 以上の点は、現行制度の解釈上参考になるとともに、受送達者の保護の観点からした場合、「運用基準」によってその保護を図ることの限界を示すものといえよう。やはり、一七二条の付郵便送達については、法律上何らかの制限が加えられるべきではないであろうか。

(一) 責問権の喪失または四二〇条一項但書の制限により、もはや支払命令の送達の瑕疵は主張しえないとされる可能性があるであろう。

(2) 本件再審訴訟の判決にいう送達受領権限欠缺という理論構成は、再審原告側の主張を採用したものであるが、その再審原告提出の準備書面
で引用されている参照判例（水戸地判昭和三四年二月二十五日下民集一〇卷二七六〇頁）は、妻が夫の浪費を理由に申し立てた準禁治産宣告
の申立てにつき、夫に宛てた審判謄本を、妻が夫の同居者として受領する権限を否定した事例であつて、本件のように、手続上対立する当事
者という関係がなく、単に妻が夫に無断で夫名義の契約を締結したというだけで、補充送達の受領資格を否定すべき利害の対立があつたとい
えるかは疑問の余地があるように思われる。なお、右の法理については、岩松Ⅱ兼子・法律実務講座民訴編二卷三三二頁、菊井Ⅱ村松・全訂
民訴法Ⅰ九五四頁参照。

(3) 大判昭和六年六月二四日裁判例五民二二六頁。

四 付郵便送達の名宛人の救済方法

三でみた具体的事例を参考にしながら、ここで郵便に付する送達がなされた場合の名宛人の救済方法として、現行
法の枠内で考えられる手段を検討してみよう。

(1) 訴訟行為の追完

三にみた具体的事例のうち④のケースが、民訴法一五九条に基づく訴訟行為の追完として、支払命令に対する異議
の追完および仮執行宣言付支払命令に対する異議の追完を認めた。そのほか、①②③のケースで、債務者より訴訟行
為の追完の主張がなされている。

④のケースでは、支払命令の送達当時および仮執行宣言付支払命令の送達当時、債務者が遠洋漁業の操業中で長期
不在のため、これに対する異議申立てをなさない状況にあつた、という特殊事情があり、仮執行宣言付支払命令に
つきなされた付郵便送達と訴訟行為の追完の可否との関係は、直接問題とされなかつた。

問題は、送達が郵便に付してなされ、現実の到達がなかつた場合に、これを理由として民訴法一五九条の訴訟行為

の追完が認められるかである。この点につき、①の札幌高裁決定は、特別送達および付郵便送達の際に郵便集配人が配達先に差し置いた書面（いわゆる不在配達通知書）と支払命令の付郵便送達の際に裁判所が発した普通郵便による通知書により、郵便物の受領を促されながらこれを受領しなかったのであるから、債務者の責めに帰すべからざる事由により不変期間を遵守することができなかったとは認められないとして、民訴法一五九条の適用を否定している。右決定によれば、郵便局での保管期間（通常は一〇日間）内に、再配達希望日の申出や郵便局に出頭するなどして郵便物を受領することができなかったにつき、責めに帰すべからざる特別な事情が存在したことを主張立証しないかぎり、一五九条は適用されないことになろう。右決定は、一応筋の通った説明となっているように見える。しかし、右の不在配達通知書には、差出人の記載はあっても郵便物の中身は記載されておらず、名宛人としては、裁判所からの郵便物であることは理解できても、それがいかなる書類であるかは認識しえない。また、裁判所が発する通知書も、法律に素人の一般消費者には、当該書類を受け取らなくても裁判手続が進行し、あるいは裁判が確定することになる、ということまで意味するとは、理解するのは困難であろう。ましてや、本件の場合、債務名義となる仮執行宣言付支払命令については、その通知書さえ発せられていない。かかる実情からすれば、右のような通知書を受けていたとしても、送達書類の何たるかを了知しえない以上、不変期間内に異議申立てをしなかったことにつき責めに帰すべき事由があったとするのは、債務者にとって酷にすぎるといえないであろうか。一般に、自己宛ての郵便物があることを知りながらこれを受け取りに行かなかったとしても、それによって当該郵便物を受け取れないという不利益を受けることはともかく、最終的には自己に不利な裁判が確定してしまうということまで予測することは困難であろう。右決定が、郵便物を受領しないことについての有責事由をもって（裁判の確定という重大な効果を伴う）不変期間の不遵守についての有責事由としたことについては、右のような点からみて疑問である。以上の考察から、督促事件の場合、

支払命令についても仮執行宣言付支払命令についても付郵便で送達がなされ、債務者に現実に到達しなかったときは、不変期間内に異議申立てをすることが不可能であったとして、訴訟行為の追完を認めるといふ構成も成り立つ余地があると考えられる。このことは、通常の訴訟事件についても、訴状、期日呼出状および判決の送達がすべて付郵便でなされいずれも現実に到達しなかった場合も、同じように考えることができよう。

もっとも、右に述べたところは、民訴法一五九条の適用につき、付郵便送達の名宛人たる債務者・被告の側の事情にのみ目を向けた議論である。これに対して、付郵便送達の制度は、もともと現実の到達がなくても送達の効果を認めるものであって、名宛人が書類の内容を了知しえない場合のあることを当然に予想するものであるから、名宛人が不知であるからといって常にこれを救済するというのでは、そもそも付郵便送達制度を置いた趣旨を否定することになる、との見方もありえよう。特に民訴法一七二条の付郵便送達は、他の方法による送達が不可能な場合に、他方当事者のために手続の進行を可能ならしめるといふ機能をもつものであるから、名宛人の救済はその相手方である債権者・原告の利益と正面から対立することになる。そこで、民訴法一五九条の適用の可否を論ずるにあたっては、両当事者の利益衡量を要する、との立場が考えられる。

この点につき参考となるのは、公示送達がなされた場合の訴訟行為の追完の可否をめぐる議論である。公示送達も付郵便送達と同じく現実の到達を問わず、送達の効果を認める制度だからである。⁽²⁾判例によれば、公示送達申立人が相手方の住所を知るための調査をしないで公示送達を申し立てた場合、⁽⁴⁾および、公示送達申立人が相手方の住所を知りながら住所不明として公示送達を申し立てた場合⁽⁵⁾には、訴訟行為の追完が認められる。付郵便送達の場合、公示送達と異なり、申立てを必要とせず、書記官の職権によってなされるものとされており、また、一七三条の要件である交付送達の不能（住居所等において補充送達、差置送達ができず、かつ、就業場所における送達もできないこと）についても

職権で調査され、原告・債権者に証明責任が課されているわけではない。しかし、書記官の職権調査といっても、事實上当事者の提出資料に依存せざるを得ないから、原告または債権者が、被告または債務者の就業場所を知りながら、就業先不明として付郵便送達を求める上申をなしたり、書記官からの問合せに対して就業先不明との回答をなしたときは、まさに公示送達申立人が相手方の住所を知らず住所不明として公示送達を申し立てた場合と同様の状況にあるといえることができる。したがって、右の場合、公示送達に関する判例の法理を類推して、いわば債務名義の騙取の一場合として、訴訟行為の追完を認めるという構成が、十分考えられることであろう。このような立場からすれば、③のケースはまさにこの場合にあたり、民訴法一五九条の訴訟行為の追完として仮執行宣言付支払命令に対する異議の申立てを認めることも可能であったと考えられる。また、②のケースのように、上申書に積極的に就業場所不明と記載していなくとも、「早期に債務名義を取得しようという不当な意図の下に」就業場所を秘匿して郵便に付する送達を求める上申書を提出したと認定できる場合には、やはり右の法理の適用を認めてよいであろう。⑥⑦のケースも、右の法理の適用の余地がある。

(2) 再審

郵便に付する送達に関し再審が問題となりうるのは、民訴法四二〇条一項三号と五号の再審事由である。前述の具体的事例のうち、⑤のケースで三号による再審の訴えが認められたが、そこではもっぱら支払命令につきなされた補充送達の受領権限が問題とされており、ここで取り上げる問題とは観点が異なる。ここでも、公示送達がなされた場合の再審の可否をめぐる議論が参考になる。

公示送達の場合につき大審院の判例は、原告が過失により被告の住所を知らず、公示送達の申立てをした場合につき、被告が代理人によって訴訟行為を為してはいないから代理権の欠缺には該当しないと、三号の適用を否定し

た。⁽⁶⁾ 最高裁も、原告が被告の住所を知らず公示送達を申立てをした場合につき、三号に該当しないとしている。⁽⁷⁾ 下級審でも、故意による申立ての場合に、五号には該当しうるが三号には該当しないとみるものがある。⁽⁸⁾ 学説も、右の結論を支持し、故意により公示送達の申立てをした場合でも、確定判決の騙取として詐欺罪で処罰されて初めて五号の再審事由になるにすぎない、とする説が有力であった。⁽⁹⁾ しかし、最近、下級審ながら、故意または重過失により公示送達を申し立てた場合には、三号の再審事由に該当しうると判示する裁判例があり、⁽¹⁰⁾ 学説上も三号による再審の訴えを認める立場が近時有力である。⁽¹¹⁾ さらに、「公示送達は、単に以後の手續進行を適法に進めることができるにすぎない、ということしか意味しない」と解する立場から、原告に何ら過失がない場合でも、被告の側に有責事由がなにかぎり、三号による再審を認める、とする注目すべき見解もある。⁽¹²⁾

右に見た公示送達に関する判例の状況からすると、付郵便送達がなされた場合に、送達書類の現実の到達がなかったからといって、それだけで直ちに再審事由あり、とする論法はまず受容され難いであろう。しかし、原告または債権者が被告または債務者の就業場所を知らずこれを秘して、あるいは就業場所不明として、付郵便送達を求める上申をした場合には、公示送達に関する最近の学説の動向からみて、民法四二〇条一項三号の再審事由ありと認められる余地がありそうである。五号による再審の可能性も理論上はないわけではないが、虚偽の付郵便送達の上申につき刑事上罰すべき行為として有罪判決が確定することが必要とされるから（四二〇条二項）、事実上これを主張することは不可能であろう。以上の考察からすれば、②③のケースや⑥⑦のケースにおいて、民法四二〇条一項三号に基づく再審の訴えにより、仮執行宣言付支払命令の取消しを得る、という救済方法がありうるということになる。なお、原告または債権者に右のような有責事由がなくとも、訴状または支払命令を始めとして送達書類がすべて付郵便で送達され、現実の到達がなかった場合に、訴訟関与の機会が全く与えられなかったとして、四二〇条一項三号の再

審を認めることができるかは、付郵便送達制度の本質をどのように把握するかによって決せられるものであろう。

(3) 送達の無効

①②③④⑧のケースで、債務者より、付郵便送達がその要件を欠く違法なものである旨の主張がなされ、結果的に②③⑧のケースで裁判所がこれを認め、仮執行宣言付支払命令(②③)または支払命令(⑧)の送達が未だなされていないから不変期間が進行していないとして、右命令に対する異議申立てを適法とした。もっとも、⑧のケースは、債務者が転居していたため、送達が真の住所でない場所に宛ててなされたというものであって、就業場所送達の不能という要件を欠くものと認定された②③のケースと類型を異にする。

②③のケースで送達の無効を認めるにあたり、裁判所は、就業場所送達が客観的に可能であったという状態よりも、債権者が債務者の就業場所を知りながら「早期に債務名義を取得しようという不当な意図の下に」その就業場所を裁判所に秘匿していた、という債権者の主観的心理状態を重視し、その上で「本件は実質的には就業場所が判明している場合にあたる」として付郵便送達の違法を認定している。しかし、右の裁判所の論理には、三つの点で疑問がある。第一に、債権者が債務者の就業場所を知らないときは、客観的に就業場所送達が可能であっても、付郵便送達の要件を欠くことにならないのか、という点である。第二に、就業場所が、判明しているか否かを就業場所送達不能の基準とすると、問題となった時点で就業場所が判明していない以上、調査すれば判明する可能性があっても、就業場所送達不能として直ちに付郵便送達によるものが許されることになりはしないか、という点である。第三に、債権者側の「不当な意図」に重点が置かれ、裁判所書記官の調査の懈怠という観点は無視されているが、付郵便送達をなすか否かは書記官の裁量に委ねられ、その要件を具備するか否かの判断も書記官の権限とされているのであるから、付郵便送達が要件を欠く違法な送達であったと判断するにあたっては、むしろ、書記官の調査不十分による付郵便送達の

要件欠缺の看過という観点を前面に押し出すべきではないか、という点である。以上の点からみて、債権者の悪意を基準として送達の無効を認める右の裁判所の論理では、送達の無効が認められる範囲が狭すぎ、結果的に付郵便送達の許容要件が緩やかにすぎることになると思われる。やはり、付郵便送達の要件としての就業場所送達の不能は、一七二条の文言に忠実に、客観的に送達が不能と認められる場合をさすと解すべきではなからうか。もちろん、ここでいう客観的不能とは、通常の調査方法をもってしても就業場所が判明しない場合をさし、科学的な意味での蓋然性の不存在を意味するものではない。②③の裁判所の決定は、債務者の救済を意図して、いわゆる債務名義の騙取の理論を付郵便送達の要件論に持ち込んだものと推測されるが、当該事案における送達無効の構成としては、債権者の主観的狀態を殊更問題とせずとも、付郵便送達を実施する前に通常の調査をしていたならば容易に就業場所を知りえた場合として、付郵便送達の要件を欠くとの判断も容易であったと思われる。このような立場からすれば、右のほか、④の仮執行宣言付支払命令、⑥の支払命令および仮執行宣言付支払命令、⑦の判決、⑩の訴状と第一回期日呼出状、⑪の仮執行宣言付支払命令、⑫の訴状と期日呼出状および判決についても、送達の無効が成り立つ可能性があると考えられる。

なお、①のケースのように、特別送達が不送達となり、就業先を調査するも判明しない場合に、日曜・休日送達を試みることなく直ちに付郵便送達を実施し、その際普通郵便による通知をなさなかつたとき、この送達が無効というるか、問題である。現行法の下では、この送達を不適切とはいえても、無効とまではいいにくいであろう。

(1) 今暇美「債務者保護上からみた郵便送達の問題点」月刊クレジット三五三号一八頁は、「仮に郵便物を受け取りに行かなかつたとしても、それはその郵便物を受け取れないという不利益があるだけのはずである。郵便物を受け取りに行かなかつたことによって『最終的に争うことのできない判決が確定してしまう』ということは、予測することもできない不利益ではないだろうか」と指摘する。

(2) 公示送達と付郵便送達とは、次のような差異があるが、ここでの問題については同様に考えることが許されよう。まず手続上、公示送達

には原則として申立てを要するほか、裁判長の許可を要する。これに対して、付郵便送達は書記官の職権でなされる。また實際上、公示送達の場合は名宛人がこれを知り現実に書類を受領する可能性は皆無に近いが、付郵便送達の場合は通常の書留郵便と同程度の到達可能性があり、不在不送達の場合でも前述のような通知書により郵便物の存在は知りうる。

(3) 判例の整理については、とりあえず富樫貞夫「公示送達の不知と追完」民訴判例百選〈第二版〉一五〇頁以下、坂原正夫「公示送達と控訴期間の追完」判タ四一一号二四三頁以下、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商九三巻臨時増刊(1)〈創刊五〇周年記念論集I〉二四五頁以下参照。

(4) 東京高判昭和四一年一月三〇日東高民時報一七卷一一号二五九頁。

(5) 大判昭和一六年七月一八日民集二〇卷一五号九八八頁、大阪高判昭和四一年四月二〇日下民集一七卷三・四号三三四頁、その上告審判決である最判昭和四二年二月二四日民集二二卷一号二〇九頁、東京高判昭和四八年九月五日判時七二二号三三三頁、東京高判昭和四九年六月一八日判時七四八号五七頁。

(6) 大判昭和一〇年二月二六日民集一四卷二四号二二二九頁。事案は、被告が寄留届により居住地を明らかにしていたにもかかわらず、原告が過失によりこれを知らず公示送達の申立てに及んだというものである。なお、本件の第一審京都地裁は、三号の再審事由に該当するとした(民集二二四三頁)。

(7) 最判昭和五七年五月二七日判時一〇五二号六六頁。

(8) 札幌地判昭和四一年二月二五日判タ一八九号一四〇頁。

(9) 兼子一・条解民訴九九一頁、同・民訴法大系四八三頁、菊井維大Ⅱ村松俊夫・民訴法Ⅱ(旧版)七六三頁。

(10) 横浜地判昭五三年九月六日判タ三七三号一四二頁。ただし、当該事案は重大な過失なしとして、再審の訴えは否定された。

(11) 新堂幸司・民訴法二六八頁、小山昇・民訴法六〇五頁、斎藤秀夫編・注解民訴法(3)一八五頁(斎藤執筆)、兼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・条解民訴法一二七二頁(松浦執筆)、本間・前掲民商九三巻臨時増刊(1)二五七頁等。

(12) 三谷忠之「再審の論点をめぐる最近の問題点」新実務民訴(3)三二二頁。

五 付郵便送達制度の沿革

ここで、付郵便送達制度、特に一七二条の付郵便送達制度の存在理由ないし正当化根拠を確認するため、その沿革をみておくことにしよう。

明治二三年に制定され、翌二四年一月一日から施行された旧民事訴訟法では、その一四三条において、受訴裁判所の所在地に住居等を有しない当事者に対し仮住所届出義務を課し、その義務違反に対する制裁として郵便に付する送達をなしうるものと定め、かつ、この送達は書類が到達すると否とを問わず郵便に付して発送された時に完了する旨を明示していた⁽¹⁾。これは、現行法一七〇条および一七三条に相当する規定である。旧民事訴訟法が郵便に付する送達を定めていたのはこの規定だけであり、現行法一七二条に対応するものとしては、補充送達に関する一四五条二項の次のような規定が置かれていた。

「此規定ニ従ヒ送達ヲ施行スルコトヲ得サルトキハ其送達ハ交付ス可キ書類ヲ其地ノ市町村長ニ預置キ送達ノ告知書ヲ作り之ヲ住居ノ戸ニ貼附シ且近隣ニ住居スル者二人ニ其旨ヲ口頭ヲ以テ通知シテ之ヲ為スコトヲ得」

この規定は、大正一五年の民事訴訟法大改正（昭和四年一〇月一日施行）の際、「頗る煩雜なる手續であり」⁽²⁾「實際上効果的ナラサル」⁽³⁾ものとして削除され、これに代えて置かれたのが現行法一七二条である。

右の改正に至る過程でいかなる審議がなされたかは、現在の付郵便送達制度の正当性および合理性を考える上で極めて重要と思われるので、ここでやや詳しくみていくことにしよう。

当初、大正一〇年五月に起草委員会から提出された民事訴訟法改正草案では、その一六一条において、旧法一四三条を承継して、受訴裁判所の所在地に住居等を有しない者に対する送達は、送達受取人の届出がないときは、郵便に付する送達によってなしうるものとしたほか、旧法一四五条二項に代えて、次のような規定を置いた。

一六二条二項「前項ノ規定ニ従ヒ送達ヲ為スコト能ハサル場合ニ於テハ裁判所書記裁判長ノ許可ヲ得テ書類ヲ郵便ニ付シ其他適当ト認ムル方法ニ依リ送達ヲ為スコトヲ得」

この規定では、郵便に付する送達のほか適当な送達方法を採りうるとした点、および、裁判長の許可を要するもの

とした点が注目される。

右草案は、民事訴訟法改正調査委員会で審議され、そこでの修正意見に基づき、大正一三年九月起草委員会より修正案が提出された。右修正案では、一六二条二項中の「其他適当ト認ムル方法ニ依リ」との文言が曖昧であるとの理由で削除され、これに関連して、「裁判長ノ許可ヲ得テ」という文言も削られた⁽⁴⁾。

右の修正案が再度改正調査委員会で審議され、条文を整理した上、大正一四年一〇月総会の決議を経て民事訴訟法案として確定された（右法案では、草案一六一條が一七〇條に、草案一六二條二項が一七二條に編成された）。

右の民事訴訟法改正法律案は大正一五年第五一回帝国議会に付託され、郵便に付する送達に関しては特に衆議院委員会で活発な質疑がなされた。三月一日に開催された衆議院委員会⁽⁵⁾では、磯部尚委員より、一七〇條の定める送達受取人届出義務は当事者にとって著しく煩瑣・不便であり、交通が発達し郵便事務が正確になった今日の状況に適合しないこと、一七三條の定める付郵便送達の送達擬制は当事者にとって「実に其堪ふべからざる忌はしい結果」となる恐れがあること、が強力に主張されており、清瀬一郎委員、平川松太郎委員もこれに同調し、一七〇條および一七三條の全部抹消が主張されている。これに関連して、一七二條の付郵便送達についても、清瀬委員より批判が提出され、「結局執達吏が捜して分らないと云ふと、郵便で発送する。其発送した時から〔送達の効果が〕筆者」始まると云ふことになる、何処で人権が保障されますか」と述べられており、これを受けて斎藤隆夫委員長が「是はもつと緩くり考えることに致しませう」と述べている。

しかし、このような批判が提出されていたにもかかわらず、その後、付郵便送達について審議のなされたことは報告されていない。速記録によれば⁽⁶⁾、三月二二日に開かれた衆議院委員会において、他の修正条項と並べて、一七〇條および一七二條の「郵便ニ付シテ」の文言を「書留郵便ニ付シテ」と改める旨の修正条項が提案され、可決されて⁽⁷⁾

いることが報告されているのみである。

なお、右改正法案に対して、日本弁護士協会東京弁護士会より提出された修正意見では、「第七十条、第七十一条及第七十二条ヲ通シテ郵便ニ付スル送達制度ヲ一切廃止スルコト」が提案されている。⁽⁸⁾

ところで、わが国の民事訴訟法の母国である(西)ドイツの民事訴訟法(ZPO)の状況も、比較のため、一瞥しておこう。

ZPOでは、付郵便送達がなされる場合として、わが国の現行民法一七二条に相当する規定はなく、一七〇条に相当するZPO一七四条・一七五条において、当事者が送達代理人の選任義務に違反した場合に付郵便送達をなしうる旨定めているだけである。ZPOは次のように規定している。⁽⁹⁾

一七四条

「①当事者が受訴裁判所の所在地にも、その所在地を管轄する区裁判所の管轄区域内にも居住しない場合で、その所在地又は管轄内に居住する訴訟代理人を選任しないときは、裁判所は、申立てにより、その当事者に対して送達すべき書類の受取りを、その所在地又は管轄内に居住する者に委任することを命じることができる。〔以下省略〕

②〔省略〕

一七五条

「①送達代理人は裁判所の次の弁論において、又は当事者が予め相手方に書類を送達せしめたときはその中で、指名されなければならない。これを指名しないときは、後日これを指名するまで執行官はその交付すべき書面を当事者の名宛にし且つその住所において郵便に付することにより、その後のすべての送達をなすことができる。この送達は郵便物を配達できないものとして返却されてきたときであっても、郵便に付した時をもってこれをなしたものと

看做す。」

②当事者が望み且つ増加費用の支払いに同意しているときは、郵便に「書留 (Einschreiben)」なる記載を付記しなければならぬ。

ただし、わが国の旧民法一四五条二項に相当する規定として、ZPO一八二条があり、次のように定めている。

「前条の規定〔住居又は家における補充送達―筆者〕によって送達ができないとき、その送達は交付すべき書面を、送達をなすべき地を管轄する区裁判所の事務課に、又はその地の郵便局若しくは自治体の長、警察署長に預け置き、且つその預け置いた旨の告知書を、通常の信書の場合に普通におこなわれる方法をもって、受取人宛てに発送することにより、又はその発送ができないときは住居の扉に告知書を貼付し、又は受取人に到達せしめるために近隣に居住する者にこれを交付することによりこれをなすことができる。」

このように、西ドイツでは、郵便に付する送達といえは送達代理人選任義務（わが国の送達受取人届出義務に相当）違反に基づくものではなく、しかも、実務上これが実施されることは極く稀である、といわれている。¹⁰⁾

右の立法過程およびドイツ民事訴訟法との比較において注目すべき点は、現行法一七二条の付郵便送達が、大正一五年の改正によって新設されたわが国独自の制度であること、それにもかかわらず、立法時十分な審議がなされていないこと、さらに、一七二条はもろんのこと一七〇条の付郵便送達についても強力な廃止論が提出されていたことである。二で見たように、一七二条は受送達者の有責性を何ら問題とせず、この者に不利な付郵便送達をなしうるとする点で、受送達者に著しく酷な結果となりうるのに対し、一七〇条は受送達者の義務違反を根拠に一種の制裁が課されるものであり、しかも訴状や支払命令については本条による付郵便送達はなされえないから、受送達者の不利益は一七二条の場合に比べて相当限定されている、と考えられる。その一七〇条についてさえ、強い批判が提出され

ていたという事実は、現行付郵便送達制度の解釈・運用上、重視されなければならない。一七二条が、送達場所に送達を受けるべき者が誰も居ない場合に、早く送達の効果を与えて訴訟の円滑な進行を図るといふ正当な目的をもつてせよ、その方法として、送達の擬制という受送達者に対する著しい危険を伴うからには、全体としてのその合理性、正当性につき十分な説明が必要であつたはずである。これが見出だされない以上、一七二条の付郵便送達の許容性については相当な制限を加えて解釈すべきことにならう。

(1) 旧民法一四三条は、次のように規定していた。

① 受訴裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セサル原告若クハ被告ハ其所在地ニ仮住所ヲ選定シテ之ヲ届出ツ可シ

② 仮住所選定ノ届出ハ遅クトモ最近ノ口頭弁論ニ於テ之ヲ為シ又其前ニ書面ヲ差出ストキハ其書面ヲ以テ之ヲ為スコシ

③ 前項ノ届出ヲ為ササルトキハ裁判所書記又ハ其委任ヲ受ケタル吏員交付ス可キ書類ヲ原告若クハ被告ノ名宛ニテ郵便ニ付シテ送達ヲ為スコトヲ得此送達ハ其書類ノ原告若クハ被告ニ到達スルト否ト問ハス又何時ニ到達スルトヲ問ハス郵便ニ付シタル時ヲ以テ之ヲ為シタルモノト看做ス

(2) 第五十一回帝國議會民事訴訟法改正法律委員會速記録(昭四)三五〇頁。

(3) 松岡義正・新民事訴訟法註釈第五卷(昭一〇)九五四頁。

(4) 民事訴訟法改正調査委員會速記録(昭四)赤仕切紙後一〇五頁。

(5) 以下の発言内容は、前掲・第五十一回帝國議會速記録八一三〜八三一頁による。

(6) 前掲・第五十一回帝國議會速記録九〇八頁。

(7) 山内確三郎・民事訴訟法の改正第一卷(昭四)二七七頁によれば、「新法は送達書類の本人に到着すべきことを出来るだけ保証する積りで之を書留郵便に付す」ことにしたという。

(8) 前掲・第五十一回帝國議會速記録・付録一〇頁。

(9) 邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部編(石川明訳)・ドイツ民事訴訟法典(昭五七)による。

(10) Rosenberg/Schwab, Zivilproceßrecht, 14 Aufl., 1986, S.441.

六 督促手続の構造と債務者の手続保障

三でみた具体的事例からも明らかのように、督促事件について郵便に付する送達が行われ、問題が生じているケースが少なくない。そこで、督促手続の特徴とそれとの関係で債務者の手続保障がどのように図られているかをみておこう。

督促手続の制度は、債権者に簡易・迅速かつ低廉に債務名義を取得させることを目的として設けられた略式訴訟手続である。すなわち、債権者が支払命令を申し立てた場合、裁判所は請求に理由のないことが明白でないかぎり、給付を命ずる裁判である支払命令を発する。これに対して債務者より異議の申立てがなければ、債権者の申立てに基づき仮執行の宣言を付し、これに対しても異議の申立てがなければ、支払命令が確定判決と同一の効力を得る、というものである。そこでは、手続上次のような特徴を指摘することができる。第一に、支払命令という裁判を下すにあたり、債務者の審尋を要せず（民訴法四三四条一項）かつ何らの証拠も不要とする点である。これは債権者にとって便宜の上ないものである。第二に、これに対する債務者の対抗手段として、仮執行宣言の前後二回にわたって異議申立ての機会を与えている（民訴法四三四条二項、四四〇条一項）。これによって債務者の利益保護を手続上保障しているわけである。

ところで、債務者とされる者がその債務を履行しない場合としては、次のような態様が考えられるであろう。

第一に、債務の存在自体を否定している場合である。これには、債権者の主張する権利を基礎づける事実自体を否定する場合と、右の事実は一応認めながらその権利主張を妨げるべき事実があるとして債権者の権利主張を争う場合がある。たとえば、債権者の貸金返還請求に対し、債務者が金銭授受の事実を否定している場合や保証人として履行

を請求されている者が保証契約締結の事実を否定する場合が前者にあたる。また、商品の売買代金支払請求に対し、債権者主張の売買がなされた事実は認めながらその売買契約は解除されたから弁済義務はないと主張する場合や、商品の引渡しを受けるまでは弁済に応じられないとして履行を拒む場合が後者にあたる。

第二に、債務の存在自体は争わないが、債務者の怠慢または履行意思の欠如、あるいは資金不足により履行しない場合である。債務を履行しないことが債務者の責めに帰せられる場合であり、典型的な債務不履行の場合である。

先に見た督促手続の基本構造からすれば、債務者が債務を履行しないとしても、そのことが債務者にとって何ら法律上の理由がない場合、すなわち右の第二の場合にこそ、督促手続が最も有効かつ適切な債権回収手段となるということができよう。これに対して、債務者が債務を履行しないことについて法律上の理由を有する場合、すなわち右の第一の場合でも、督促手続の利用が許されないものとはされていないから、まさにこのような場合に、債務者に対する異議申立ての機会の保障が極めて重要な役割を果たすことになる。しかもこれは、督促手続上債務者にとって唯一の対抗手段である。

督促手続においては、このように、債務者に対する異議申立ての機会の保障が極めて重要な意義をもち、略式手続の正当性も唯一この異議申立機会の保障によって担保されているのであるから、その機会を実質的に保障するものとしての支払命令の送達および仮執行宣言付支払命令の送達は、督促手続にとって不可欠の要素といわなければならぬ。民訴法四三〇条但書が、「日本ニ於テ公示送達ニ依ラスシテ其ノ送達ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ限ル」として、送達場所および送達方法につき厳格な要件を設けているのは、まさにこの点を重視したからにほかならない。

右の四三〇条但書の規定が、債務者の住居所が日本になかったり、公示送達によった場合は、債務者にとって唯一の防禦手段である異議申立権の保障を全うしえない、と考えたことは明らかであるが、かかる観点からすれば、場合

により公示送達と同じく送達擬制の効果を伴う付郵便送達も、支払命令の送達には不適當であるといえないだろうか。付郵便送達といっても、送達受取人届出義務違反に基づく一七〇条の付郵便送達は、支払命令送達の段階では債務者に未だ届出義務が発生していないから、もともとその適用の余地はない。問題となるのは、交付送達不能に基づく一七二条の付郵便送達の可否である。立法者は果たして、一七二条の付郵便送達が支払命令の送達にも利用しようと考へたであろうか。五でみたように、大正一五年の民事訴訟法改正の際、一七二条がその内容上全く新たな新設条文であるにもかかわらず、必ずしも十分な審議がなされなかったようであり、支払命令が付郵便で送達された場合の問題は立法者の念頭に置かれていなかったのではないかと推測される(問題は送達擬制の効果ばかりではない。付郵便送達の場合、債務者への到達時でなく、発送時に送達の効果を生じるから、異議申立期間である送達時から二週間という不変期間も発送時から進行することになる。そこで、たとえば、付郵便送達で発送された仮執行宣言付支払命令が不在のため郵便局で保管され一〇日間の留置期間満了ぎりぎりの時点で債務者がこれを受領した場合、すでに異議申立期間を経過しているという場合も起こりうる。右の留置期間は申出があれば延期されうるし、受取人が予め旅行その他の事由により不在となる期間を届け出ている場合には最高三〇日間留置されるから、そのような場合はますますもって受領時にすでに申立期間を過ぎていくという事態が生じやすい。住所不明となったわけでもない債務者から、督促手続上唯一の防禦手段である異議申立権を事実上剝奪することとなる。このような重大な帰結が認識されながら、審議の対象とならなかったとは到底思われぬ)。

七 付郵便送達制度の改革および運用についての試論

以上の考察から明らかなように、現行民事訴訟法の定める付郵便送達制度には、制度上いくつかの問題点があり、また運用上もさまざまな問題を生じている。そこで、これまでの考察を基に、ここで、現行付郵便送達制度の改革お

よび解釈運用について、若干の試論を述べてみたい。

(1) 立法論

民訴法一七〇条二項の定める付郵便送達については、交通手段が発達し郵便事情が完備した今日、しかも執行官送達より郵便による送達が常態化している現状からすれば、同条一項の定める送達受取人届出義務とともに、すでに存在理由を喪失したものと⁽¹⁾して廃止すべきもの⁽¹⁾と考える。送達受取人の制度については、当事者の便宜のため、同条三項の定める権利としての送達受取人届出制度を(住居所等が受訴裁判所の所在地内にあると否とを問わず)存置すれば足りる。民訴法一七二条の定める付郵便送達についても、受送達者に不測の不利益を生じる危険性があり、現に前述のような問題を生じていることから、また、このような規定をもたない西ドイツで十分訴訟手続が機能していることに照らして、まず、これを全面的に廃止するという考え方がありうる。この場合、速達郵便または執行官による休日送達や夜間送達の方法等により、繰り返し再送達が試みられることにならう。

しかし、このような送達方法をすべての送達書類に⁽²⁾関し繰り返し要求することは、相手方当事者の権利保護を遅延させ、裁判所書記官および(執行官送達によるときは)執行官の負担増となるから、一定の場合には、限定的に付郵便送達を認めることが合理的とみられる場合がある。たとえば、訴訟係属を⁽²⁾知りながら、不誠実な態度により郵便局に保管された送達書類の受領を懈怠した場合や、自ら控訴を提起しておきながら、⁽³⁾欠席を繰り返すなど不熱心な訴訟追行により自ら訴訟関与の機会を放棄しているとみられるような場合には、相手方当事者の権利保護の要請と衡量して、付郵便による送達が合理的と目されることがある。とはいえ、これまでみたように、現行法の規定は、付郵便送達の許容範囲を右のような場合に限定してはいないから、立法的に一七二条に一定の制限を加えることが必要とされよう。

第一に考えられる制限は、送達書類の制限である。訴状および支払命令、判決および仮執行宣言付支払命令については、付郵便送達をなしえないとの制限がまず考えられる。訴状および支払命令は、訴訟係属を知らしめ防禦の機会を与える書類であるから、最低限の手續保障として現実送達を要するのであり、判決および仮執行宣言付支払命令の送達は、裁判確定の基準となる不変期間の進行を開始せしめるものだからである。仮に、右の制限が認められないとしても、少なくとも支払命令の送達だけは、付郵便送達によりえないとすることが許されるのではないか。督促手續における債務者の異議申立権の保障の特別な重要性に鑑みて、換言すれば、異議申立権の保障によってのみこの略式手續が正当化されるのであるから、この異議申立権を実質的に保障するため、最低限支払命令については交付送達の方法による必要があるとされる。すなわち、現行法四三〇条但書が、公示送達を排除するのと同じ趣旨で、郵便に付する送達を排除すべきものと考えるのである。

第二に考えられる制限として、要件の厳格化がある。一七二条の「前条ノ規定ニ依リテ送達ヲ為スコト能ハサル場合」がいかなる場合をさすかにつき、その判断基準が各裁判所の書記官ごとに必ずしも画一化されておらず、最高裁判務総局民事局の示した「運用基準」も必ずしも徹底されていない。三で紹介したように、特別送達一回の不奏功をもって直ちに郵便に付する送達が実施されているケースもある。そこで、右の「送達ヲ為スコト能ハサル場合」につき、法律上もう少し具体的な判断基準を示す必要がある。先の「運用基準」は、この点につき最低限の基準を示していると思われるので、これを法律（または規則）によって規定することがなされてよいと考える。但し、そこで強調される付郵便送達の積極的活用の姿勢には疑問があり、そこに示された基準はあくまで最低基準と解し、右の基準を満たしたからといって常に付郵便送達を実施するのは相当でなく、具体的事情に応じてこれを実施するか否かの判断を書記官の裁量に委ねるものとすべきであろう。したがって、たとえば次のような基準を右の「送達ヲ為スコト能ハ

サル場合」の判断基準として明示すべきである。

(一) 住居所等における特別送達が受取人不在の理由により不送達となったときは、就業場所における特別送達を試みる。

(二) 就業場所を調査するも判明しないとき、または、就業場所における特別送達を実施したが受取人不在、就業場所なし、または補充受送達者受領拒絶の理由により不能に帰したときは、住居所等において日曜・休日または夜間に向けての速達郵便または執行官による送達を実施する。

(三) 右の方法によっても不在の理由により送達不能のときは、郵便に付する送達を実施しうる。

この基準は、一般事件と信販関係事件いづれにおいても適用すべきものと考えらる。

また、右の要件規制と並んで、付郵便送達を実施する際、受送達者の住居所に宛てて普通郵便により通知書を送送することも、法律（または規則）に明定し、制度化すべきであらう。送達書類の種別を知らせ、注意を促すことによつて、受送達者に不測の不利益が生じることを少しでも緩和する機能が期待されるからである。この場合必要とされる郵便料金は、訴訟費用に算入することが許されることになる。⁽⁴⁾

さらに、付郵便送達の実施を決する書記官の裁量をチェックするものとして、公示送達の場合（民訴法一七八条一項）と同様に、裁判長の許可を要するものとする⁽⁵⁾ことも、考えられてよい。また、交付送達の困難なこと、すなわち、受送達者の在宅・不在状況および就業場所不明につき、客観的な調査資料の提出義務を相手方に課することも、考えられてよいであらう。

(2) 解釈論

右に述べた立法論的制限は、現行法の枠内でも、解釈論としてある程度その趣旨を実現できるであらう。

まず、一七二条にいう「前条ノ規定ニ依リテ送達ヲ為スコト能ハサル場合」とは、単に通常の送達が一度不奏功になっただけではならず、日曜・休日の送達や夜間の送達によっても、また、別の送達場所への送達によっても、送達の見込みがない場合をさすと解される。そして、そのような方法によっても送達の見込みのないことが、客観的な資料で裏づけられた場合でなければならぬ。それゆえ、送達事務取扱者として付郵便送達の実施を判断する書記官としては、右の要件の具備を確定するため自ら職権で調査しうることはもちろんのこと、付郵便送達の実施に利益を有する相手方当事者に対して、右の点についての調査資料の提出を命ずることもできると解せられる。右のような調査を怠ったときは、そのことをもって付郵便送達の要件を欠く違法な送達とみなすことができる。したがって、たとえば、就業場所送達が可能なる場合には当然付郵便送達の要件を欠くことになるから、就業場所につき何ら客観的な資料⁽⁶⁾を伴う調査がなされずに付郵便送達⁽⁷⁾が実施されたときは、その送達は違法なものとして、送達の無効を主張することが許されることにならう。

第二の解釈方法として、現行法上明文の規定はないが、送達書類の重要性に応じてこれを分類し、付郵便送達の要件たる交付送達不能の判断基準に差異を設ける考え方がありうる⁽⁷⁾。訴状、判決、支払命令、仮執行宣言付支払命令の送達等、手続を開始させる送達や不変期間を進行させる送達については、口頭弁論期日呼出状、証拠申出書、準備書面その他の送達におけるよりも、要件を厳格に解するといふものである。送達擬制によって生じる受送達者の不利益の大きさが、右の区別の根拠となるらう。

第三に、支払命令の送達については、現行民法四三〇条但書を類推して、付郵便送達をなしえない、とする解釈が可能であろう。その理由については、すでに繰り返し述べてきたところである。

さらに、一七二条の付郵便送達制度が必ずしも優越的な正当化根拠を持たず、それゆえ右のような大幅な制限が加

えられなければならない、との認識からすれば、付郵便送達が適法に実施された場合の受送達者の救済方法についても、これを反映した解釈論が成り立つてであろう。すなわち、訴状その他の送達書類がすべて付郵便で送達され、被告が現実に受領しないまま判決が確定してしまった場合、あるいは、支払命令と仮執行宣言付支払命令がいずれも付郵便で送達され、債務者が受領しないまま異議申立期間が経過してしまった場合には、被告または債務者が訴訟係属の事実を知っていた等の特別な事情のないかぎり、民訴法四二〇条一項三号の類推により、再審の訴えを認めてよいであろう。自分の知らないうちに訴訟が進行し、自己に不利な判決（または支払命令）が確定するという状況は、代理権の欠缺の場合と同様に訴訟追行の機会を与えられなかった場合と解しうるからである。同様の観点から、付郵便送達によって判決または仮執行宣言付支払命令の送達を受けた被告または債務者は、民訴法一五九条に基づき、控訴の追完または異議申立ての追完を主張することも許されよう。ここでは、付郵便によってなされた送達は、単に原告または債権者のため暫定的に以後の手續を進めることを可能にしたにすぎない、との把握を基礎とする。したがって、いわゆる債務名義の騙取にあたらない場合であっても、付郵便送達の受送達者に有責事由がないかぎり、右の再審の訴えおよび訴訟行為の追完による救済の途が与えられてよいであろう。

(1) すでに大正一五年の民事訴訟法改正時にこのような見解が出されていた。本稿五参照。同様に、この制度の存在意義に疑いを示すものとして、菊井II村松・民訴法I(旧版)五五一頁、斎藤編・注解民訴法(3)四一頁(斎藤執筆)等がある。なお、菊井II村松・上掲五五一頁によれば、送達受取人の制度は「現状ではあまり利用されていないようで、東京都内の裁判所に係属する訴訟につき、その所在の区以外に居住する者で、送達受取人の届出をしている者はほとんどいない」といわれる。

(2) 東京高判昭和五七年六月三日判タ四七七号一〇六頁の事案参照。

(3) 東京高判昭和六一年二月二五日判時一二二五号六七頁の事案参照。

(4) 東孝行「郵便に付する送達の諸問題」判タ六四〇号三八頁も、普通郵便による通知を理論的にも実際的にも制度上要請された方法であるとし、これに要する費用の訴訟費用化が立法上検討されなければならないとする。

- (5) ⑫の事例のように、合意管轄の証明のために勤務先の記載された契約書が提出されている場合には、訴状の送達段階ではともかく、遅くとも判決の送達の段階では、裁判長には就業場所送達の可能性が認識しうるはずである。
- (6) クレジット契約書には通常勤務先が記入されているから、信販関係事件の場合、最低限右契約書の提出は求めるべきであろう。
- (7) 兼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・条解民訴法四四四頁〔竹下執筆〕が、このような解釈方法をとる。
- (8) 公示送達につきこのような解釈を示すものとして、三谷・前掲四注(12)参照。

本稿執筆にあたり、今瞭美弁護士および石川正美神奈川大学助教授より貴重な資料を提供していただいた。この場を借りて、心より感謝申し上げます。

〔追記〕 脱稿後、今重Ⅱ今瞭美・クレジットの虚像と実像Ⅱおよびやかされる裁判を受ける権利(昭六二・一〇月刊)に接した。同書では、郵便に付する送達の問題状況が実例に即して具体的に報告されている。

(昭和62年12月校了)