

## 民事訴訟における送達の瑕疵・擬制と手続保障

——送達にかかる判決無効論と手続保障二重構造論の提唱——

- 一 はじめに
- 二 送達の手続保障機能と憲法の接点
  - 1 手続保障概念の多義性
  - 2 手続保障の憲法的基礎
  - 3 送達の手続保障機能
- 三 送達の瑕疵と手続保障の調整
  - 1 送達の瑕疵による手続保障欠落の態様
  - 2 名宛人の救済方法をめぐる議論の現状
  - 3 訴訟係属の欠缺を理由とする判決無効論
- 四 送達の擬制と手続保障の調整
  - 1 「擬制送達」の態様と到達可能性の程度
  - 2 名宛人の救済方法に関する従来の議論状況
  - 3 形式的手続保障と実質的手続保障の二重構造
  - 4 欠席判決における再審と上訴追完の優劣——再審の優先性——
- 五 おわりに

## 一 はじめに

およそ被告に手続関与の機会を全く与えず、原告の側で一定の手続さえ踏めば判決を下せるものとし、後は既判力により一切文句を言わせない。このような訴訟制度<sup>(1)</sup>は、おそらく不当に財産権や人格権などの基本的人権を奪うものとして、憲法上許されないのであろう。<sup>(2)</sup>それはまた、憲法三一条に定める適正手続の理念と結びついた「裁判を受ける権利」(憲法三一条)の侵害としても憲法違反の問題を生じるものと思われる。<sup>(3)</sup>(ここでは、判決の名宛人とくに被告が裁判手続に関与する権利としての「裁判を受ける権利」を念頭に置く)。

そのような「裁判を受ける権利」の保障という観点からみたとき、訴状、期日呼出状、判決正本等の送達が、当事者の手続関与の機会を実質的に保障するものとして重要な役割を担うという点については異論のないところと思われる。これらの送達は、民事訴訟の基本的な手続原則である双方審尋主義、弁論主義、そして審級制度を機能させる最低条件をなすとみることができるとも、そもそも訴訟の開始を知らなければ防御はできず、いかなる内容の請求が立てられているかを知らなければ争うか否かの態度決定も不可能である。期日を知らなければ弁論をなすこともできず、相手方の主張がわからなければ本来自白の成立する余地もない。また、判決の内容を知らなければ不服の有無もなく、判決の存在を知らなければ上訴制度を利用する契機もないのである。特に訴状の送達は、被告にとって自分あての訴訟の開始を知り、これに対する防御の機会が与えられる最初の契機であり、被告の裁判を受ける権利の最も初歩的な最低限の保障を意味する。

それゆえ、訴状を始めとする裁判関係書類の送達に瑕疵があり、名宛人たる当事者に一度も到達しないときは、裁判の最低条件が欠落することとなり、そこで下された判決は憲法上の理念からみてその効力を名宛人に帰属させる前

提を欠くものと考えられる。

また、送達の擬制がなされる場合にも、——ここでは、名宛人本人には届かなくても送達としては有効とみなされる場合を、ひろく「送達の擬制」と呼ぶ<sup>(4)</sup>——被告にとっては自己の知らないうちに判決が下されるという事態が生じうる。この場合、形式的には手続関与の機会が与えられたとみなされるものの、実質的にはその機会が与えられないのであって、手続法上何らかの調整を必要とする。そうでなければ、法律の擬制により憲法上の裁判を受ける権利を不当に奪ってしまうことになると考えられるからである。

ところで、今日の実務では、被告への訴状副本と第一回期日呼出状の送達は同時に行い、また、判決言渡期日の呼出状の送達は省略するということが広く行われている<sup>(5)</sup>ため、被告が答弁書も提出せず第一回期日にも出頭しないでいると、擬制自白（民訴法一四〇条三項）により直ちに弁論が終結され、あとは期日呼出状の送達を受けずにいわゆる欠席判決が下されるのが通常である。この場合、裁判所と被告との接点は訴状の送達時と判決の送達時の2回だけとなる。これはまさに督促手続における手続現象に類似する（このことはまた、実質審理の欠如ないし希薄さをも暗示する）。このたった2回の送達がいずれも送達の瑕疵または擬制により被告に到達しなかった場合には、実質上、被告には手続関与の機会が全く与えられないことになる。それにもかかわらず、外観上は確定判決が有効に成立しているように見えるから、この判決に基づいて強制執行がなされることもあるし、判決主文に示された権利につき勝訴原告が既判力を主張して履行を強要することもある。これを受忍しえないとすれば、被告の側において何らかのアクションを起こさざるを得ない。現に近時の裁判例において、右のように2回の送達がいずれも送達の瑕疵または擬制により被告に到達しなかったとして、判決の効力を争い、または審理の再開を求める事例が数多く見受けられる<sup>(6)</sup>。

本稿では、このような場合に名宛人が既判力の拘束から解放される道を探り、具体的には、送達の瑕疵の場合には

判決無効論を、送達の擬制の場合には再審肯定論（再審優先適用論）の理論的可能性を論証してみたい。特に後者に  
 関しては、憲法上の裁判を受ける権利に照らして送達擬制制度を正当化する手当てとして、手続保障の二重構造論、  
 つまり送達にかかる形式的な手続保障と事後的な救済場面での実質的手続保障の二重構造の理論というものを提案して  
 みたい。<sup>(7)</sup>

## 注

(1) 督促手続においては、債務者審尋なし・証拠調べなしで支払命令が下され、最終的には既判力が生じることになっているが、支払命令に対する異議と仮執行宣言付支払命令に対する異議という二回の異議申立ての機会が与えられており、この簡易な申立てにより通常の訴訟に移行し、反論の機会が保障される仕組みとなっている。霜島甲一「民事訴訟における失権とその根拠」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』三六〇頁（有斐閣、昭六三）は、「いかにプリミティブな民事訴訟においても、判決効をうける者にまったく責問、提出の機会を与えずに、一定の手続段階になると終局的自動的失権をもたらすとする制度はまずあるまい」とし、およそこの国の民事訴訟でも提出の機会が失権の初歩的かつ不可欠の前提であることを象徴的に指摘するが、後述するように、他ならぬわが国の民事訴訟法においても、送達制度の運用と事後的救済制度の解釈次第では責問・提出の機会を全く与えずに失権を生じさせることがありうることをここで強調しておきたい。

(2) そのような判決に基づき不動産強制競売や家屋明渡執行あるいは謝罪広告の代替執行がなされる場合を考えれば、不当な財産権侵害や人格権侵害が生じうることが明らかであろう。Vollkommer, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, 1（邦訳、マックス・フォルコンマー「執行処分の合憲性」石川明＝出口雅久編訳『憲法と民事手続法』一三五頁以下（慶應義塾大学法学研究会、昭六三）は、強制執行が本来、基本的人権侵害行為であることを指摘し、憲法的視点から執行債務者の手続保障を洗いなおす。確かに、刑の執行も民事執行もいずれも基本権侵害行為であり、その侵害の程度が異なる——前者では生命侵害たる死刑もありうるのに対し、後者では財産権侵害にとどまるのが通常である（平成七年ある家屋明渡執行の際に、債務者たる老女とその長男が屈辱のあまり自殺した事件は記憶に新しい。民事執行の場面でも、ときには人の死をもたらすことが

ありうることを忘れるべきではなからう。民訴法学は確かに高度に技術の学であるが、民訴法学者は単なる技術屋であってはならない。——ことを認識することによって、民事訴訟の手続保障を刑事訴訟とパラレルに憲法的視点から点検できるように思われる。かかる視点に従来の民事訴訟法学には希薄であった。近時、竹下教授が「司法の核心的役割を基本権をはじめとする個人の権利保障に求め」、さらに、「裁判を受ける権利の保障は、すでに出来上がった裁判制度の存在を前提とし、その制度の枠内で裁判を受ける権利を保障するにとどまらず、かかる権利を保障するに相応しい内実をもった裁判制度の構築を要求するもの」であるとの視点を呈示する（竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌四〇号（平六）一〇頁、一五頁）が、この視点は、とりわけ後述の擬制送達と手続保障の調整を考えるうえで極めて重要である。なお、近年の内外の民事訴訟法学における憲法的観点からの見直しの動きについては、とりあえず、中野貞一郎「民事裁判と憲法」『講座民事訴訟Ⅰ』一頁以下（弘文堂、昭五九）、シューワーIIゴットヴァルト「憲法と民事訴訟」石川II出口編訳・右掲書三頁以下、新堂幸司IIカベレットイほか・座談会「憲法と民事訴訟法——正義へのアクセス」法学教室八三号六頁等参照。

(3) 納谷廣美「当事者確定の理論と実務」『新・実務民事訴訟講座Ⅰ』二五六頁（日本評論社、昭五六）も、氏名冒用訴訟における当事者確定論との関係で、「訴訟追行の機会がまったくない者に対し、確定判決の効力（既判力など）を及ぼすことは、デュー・プロセス（正当な手続保障）の理念（憲三一、三三参照）に照らして、制度上許されるものではない」と論じる。

(4) 従来、公示送達について「送達の擬制」という表現がしばしば使われたが、付郵便送達や補充送達によっても、確率は相当異なるものの名宛人に届かないことがあり、そしてまたそれが制度上も予想されているのであり、このことを端的に表現するものとして「送達の擬制」と称し、これらの送達を一括して「擬制送達」と表現することにした。

(5) 判決言渡期日には当事者の弁論が行われるわけでもなく、もはや判決内容に影響を来さないことから、判例は大審院以来、期日指定の裁判が言渡しによって出席当事者に告知されれば、判決言渡期日の呼出状を欠席当事者に送達する必要はないとし（大判昭和六年五月二九日民集一〇卷三五五頁、最判昭和二三年五月一八日民集二卷五号一一五頁）、さらに当事者双方欠席で弁論を終結する場合でも、判決言渡期日呼出状の送達を要しないとす（最判昭和五六年三月二〇日民集三五卷二号二一九頁）。しかし、本文に述べるように、訴状および第一回期日呼出状の送達に瑕疵があったり送達が擬制されたため、被告が訴訟の存在を知らないまま弁論が終結されるような場合には、判決言渡期日の呼出状が送達されることによって、弁論再開の申立て（一三三条）をする可能性が与えられる。また、裁判外で示談進行中などの理由により当事者双方が欠席したような場合に、期日の呼出なしに判決が下

されてしまうと、かえって紛争解決を妨げることにもなりうる。したがって、少なくとも第一回期日欠席で弁論を終結するときや当事者双方欠席で弁論を終結するときは、判決言渡期日呼出状の送達をすべきではなからうか。

(6) 送達の擬制・瑕疵をめぐる近時の裁判例については、とりあえず中山幸二「消費者法から見た送達と管轄をめぐる最近の裁判例の動向」民事法情報七七号四六頁(平五)参照。その背景には、消費者クレジットの急激な発展とその債権回収のための大量な訴訟提起があり、裁判所側がこれを簡易迅速に処理するため、信販関係事件の機械的・定型処理を極端に押し進めてきたという事情がある。

(7) その概略はすでに、中山幸二「『研究報告』送達の擬制と手続保障の二重構造」民事訴訟雑誌四一号二二五頁(平七)に発表した。紙幅の都合上その要旨に止まったが、本稿の第四章はこれを掘り下げ、具体的資料を引用してその論証を試みるものである。

## 二 送達の手続保障機能と憲法の接点

### 1 手続保障概念の多義性

「手続保障」という概念は最近の民事訴訟法学のキーワードともなっているが、必ずしも一義的明確な概念ではない。<sup>(1)</sup>「当事者権」と同義語として使われる場合もあるが、手続保障の一般的イメージとしては、より広く、できるだけ言い分を聞いてもらうとか、あるいは不利益な裁判や処分を受ける者はそれに見合うだけの手続関与の機会が与えられなければならない、といった観念であると理解されているようである。実際に手続保障という言葉を使って説明される場面は大変多く、その手続保障の概念に付与される意義は多様で、どの場面で用いられるかによってその果たす機能も大きく異なっている。

従来の学説の議論状況をみると、裁判へのアクセス保障、特に社会的弱者あるいは経済的弱者の正義へのアクセスを保障すべきものとして、手続保障という言葉を使って議論が展開される場合があり、<sup>(2)</sup>訴訟と非訟の質的差異とともに

に連続性を分析する視点として手続保障の語が用いられることもある<sup>(5)</sup>。判決効の領域では手続保障が議論の中核に据えられており、既判力の正当化根拠を手続保障と自己責任に求め、判決の遮断効を調整する基準として、また判決の主観的範囲を拡張する基準として手続保障を用いる議論傾向が近時著しい<sup>(6)</sup>。さらに、例えば不意打ち判決を予防するための論理として、裁判官の釈明権あるいは釈明義務の限界を論じ、あるいは最近のドイツやフランスの議論を受けて法的構成レベルでの不意打ちを予防する「法律上の討論」および「法的観点指摘義務」を説明するキーワードとしても、手続保障という言葉が使われる<sup>(7)</sup>。このほかにも実にさまざまな場面で使われており（例えば、訴状の記載事項、請求の特定、当事者の確定、当事者適格、訴えの変更、当事者の変更・訴訟承継、弁論の再開、上訴の追完、再審等々）、今日民事訴訟法を論ずる場合にどの場面でも使われうるマジックワードの感さもある<sup>(8)</sup>。象徴的な言い方をするなら、今日の議論状況からすれば、民事訴訟法とは手続保障の総体ともいいうるのであろう。最近では、いわゆる「手続保障の第三の波」として、民事訴訟の制度目的論にも手続保障そのものを据え、対論保障の原理として手続保障を位置づけ、当事者相互間の水平関係での手続保障を徹底的に追究する立場もある<sup>(9)</sup>。

「第三の波」説によれば、裁判所と当事者間の垂直関係を念頭に置いた従来の手続保障論は、形式レベルでの手続保障であって「低次元の手続保障<sup>(10)</sup>」とされる。確かに「第三の波」説による水平関係を基軸とした訴訟理論は、訴訟上の和解や訴え取下げの積極的位置づけ、生きた紛争の動態的把握、訴訟と他の紛争処理手続との相関関係、判決による終局的紛争解決の強調からの脱皮など、従来の既判力による完結的紛争解決観に基づく硬直した理論体系を根底から問い直す多くの視点を提示しており、その根本的な問題提起はわが国の民訴法学にとって飛躍的な発展をもたらす契機をなすものと評価しうる。しかし、民訴法学の取り組むべき事象は、当事者ががっぷり四つに組んで議論を闘わせあるいは交渉する、実質的な対論の場面ばかりではない。欠席判決や氏名冒用訴訟などに見られるような、形式

的レベルでの手続保障の欠缺の場合についても、未だ十分な分析と救済方法の定立がなされているとは言いがたい。また、当事者間の納得形成が遂に成功せず、一方当事者の意思に反してでも強行される強制執行が判決手続の後に控えていることを考えるならば、垂直関係の手続保障論もさらに詰めるべき論点を多分に残しているように思われる。結局、民事訴訟における手続保障の検討は、水平方向だけでも垂直方向だけでも完全ではなく、いわば両者の基軸を交差させた座標軸の上で考察すべきであり、各問題ごとに座標軸上の位置を意識して論を進めるべきであろう。

本稿の中心テーマとする送達の瑕疵や擬制ある場合の名宛人の救済方法は、まさに垂直関係の手続保障論に属する問題である。<sup>(12)</sup> しかも、最低限の手続保障が欠落した場合の判決効排除の可能性を探るものであり、その意味で「最も低次元の手続保障」の消極的側面を論ずるものである。いわば「マイナス方向の手続保障論」といつてもよい。<sup>(13)</sup> わが国では裁判所に対する当事者の権利としての手続保障につき議論が十分に詰められないうちに、「第三の波」説による水平方向での手続保障論が台頭し議論の中心となってしまうため、<sup>(14)</sup> 垂直方向での手続保障さえ体系化が十分でなく、特に憲法次元での検討と位置づけが欠落している。これがわが国の手続保障論の現時点での問題状況であると筆者は認識している。<sup>(15)</sup>

## 注

- (1) 民事訴訟法の体系書において初めてこの言葉が用いられたのは、新堂幸司『民事訴訟法』(筑摩書房、昭四九)二二頁、八四頁、四〇六頁においてであるが、その後二〇年間の普及は著しく、最近刊行された民事訴訟法の教科書では、いずれも随所に「手続保障」の語が使われている。民事訴訟における手続保障への関心の高まりとその憲法的基礎付けは、世界的な傾向でもある。カペレツティ(小島武司Ⅱ大村雅彦訳)『手続保障の比較法的研究』日本比較法研究所翻訳叢書一五号(昭五七)参照、シュワープⅡゴットヴァルト・前掲訳書三頁参照。



- (2) 宮脇幸彦・林屋礼二編『民事手続法事典』下巻(ぎょうせい、平五)一一五九頁(山本和彦)の「手続保障の概念」の項でも、「その意味する内容は必ずしも明確なものではなく、論者によって相当のニュアンスを含んで用いられている」とし、明確な概念規定を放棄している。
- (3) 手続保障をめぐるわが国の学説の発展とその背景については、民事訴訟法学会シンポジウム「訴訟機能と手続保障」民事訴訟雑誌二七号一三三頁(昭五六)、伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂編『特別講義民事訴訟法』五一頁(初出・昭五八)、新堂幸司「手続保障論」の生成と発展—民事訴訟法学の最近の動向—『民事訴訟制度の役割』(有斐閣、民事訴訟法研究第一巻)三二—一頁(初出・平三)参照。
- (4) 住吉博『訴訟的救済と判決効』(弘文堂、昭六〇)二七三頁は、手続内での訴訟活動の保障に「手続権保障」を、裁判へのアクセス保障には「手続的保障」の概念を用いるべきであるとする。本間・後掲(14)論文二四五頁も、この区別を用いる。
- (5) たとえば、鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」法曹時報二二巻二号一頁(昭四四)、小島武司「非訟化の限界について」『中央大学法学部八〇周年記念論文集』三二〇頁(昭四〇)。
- (6) 代表的なものとして、新堂・前掲『民事訴訟法』四〇六頁、同「既判力と訴訟物」『訴訟物と争点効(上)』(民事訴訟法研究第三巻)一四五頁(初出・昭三八)、同「訴訟物概念の役割」『訴訟物と争点効(下)』(民事訴訟法研究第四巻)一一三頁(初出・昭五二)、谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田還暦記念『民事訴訟の理論』下巻五一頁(昭四五)、吉村徳重「判決効の拡張とデュー・プロセス」法政研究四四巻二号一八二頁(昭五六)、上田徹一郎「判決効の範囲」(有斐閣、昭六〇)三二五頁など。
- (7) 吉野正三郎「手続保障における裁判官の役割」『民事訴訟における裁判官の役割』(成文堂、初出・昭六〇)四三頁、山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について(1)〜(4)」法学論叢一一九巻一—二〇巻二号(昭六一)、徳田和幸「法領域における手続権保障」吉川追悼論集『手続法の理論と実践』(法律文化社、昭五六)上巻一四七頁、山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造」『民事訴訟審理構造論』(信山社、初出・平二)九六頁以下参照。
- (8) 井上・次掲論文三一頁(初出、法学教室二八号四一頁(昭五八))が、今から十年以上前に、「手続保障論を全体としてみれば、その内実をあいまいにしたまま、手続保障という言葉だけがひんぱんに使われているというのがまだまだ昨今の民訴法学の一般的な状況であり、ややシニカルに言えば、手続保障はその概念だけですべてを正当化してしまうような響きをもつマジック・ワードになりつつあり、それじたいがスローガン化しつつある」と指摘していた。その後、「第三の波」をめぐる議論の展開には著しい

ものがあつたものの、「マジックワード」の状況に変わりはないように思われる。なお、佐藤・次掲論文三七頁によれば、「第三の波」の提示する過程志向型手続保障論は伝統的な結果志向型手続保障論とは全く異質であるとし、「かえって、マジック・ワード的に使用されたり、誤解を招いたりする可能性があるので、皮肉な現象であるが、過程志向型の論考では、『手続保障』という言葉が使用されない傾向がある」という。

- (9) 井上治典「手続保障の第三の波」『民事手続論』(有斐閣、平五)二九頁以下(なお、新堂編『特別講義民事訴訟法』七六頁以下にも所収)。この立場から、民事訴訟の各論点を洗い直したものととして、井上治典||伊藤眞||佐上善和「これからの民事訴訟法」(日本評論社、昭五九)。第三の波の立場からの手続保障論をめぐる最近の簡潔なまとめとして、佐藤彰一「手続保障」鈴木重勝||井上治典編『別冊法学セミナー・民事訴訟法(第三版)I』(日本評論社、平七)三五頁。

ただし、「第三の波」説の訴訟制度目的論は、従来の目的論とは議論が噛み合わないように思われる。従来、訴訟制度目的論は、訴訟を通じて何を実現すべきかという次元で展開されてきたのに対し、ここでは対論保障すなわち手続保障自体を自己目的化しているからである。あえて従来の議論と同じ土俵で闘わせるとすれば、その充実した手続保障によってなにを追求しているかの問いとなり、それは当事者間の納得形成にあるとみるべきではなからうか。論者の意図を曲解する誤りを恐れるが、筆者はかかる理解でこの説を積極的に評価している。

- (10) 井上・前掲『民事手続論』三六頁。
- (11) 田中成明「現代裁判の特質と理解をめぐって——『第三の波』理論の批判的検討(上・下)」『ジュリー』一〇四五号七九頁、一〇四七号八五頁(平六)が「第三の波」の的確な分析と座標を示す。
- (12) 悪意の公示送達申立てや(第三者との通謀により)送達場所を偽装しての債務名義の騙取の場合には、水平関係の原告被告間の公平という観点が付け加わり、これが送達名宛人の救済の必要性を補強し、判決無効に帰結するものと考ええる。本稿末尾参照。
- (13) 新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか(17・完)」『法学教室』一七号六一頁(昭五七)、『民事訴訟制度の役割』所収)は、少額裁判手続につき「手続内手続保障をぎりぎりのところまで切り詰める」としたとき、なにを残せば足りるか」を問う。これも一種の「マイナス方向の手続保障論」といえるかも知れない。
- (14) 本間靖規「手続保障侵害の救済について——近時の西ドイツの議論を契機として——」龍谷大学社会科学研究所叢書『効果的な権利保護と憲法秩序』(法律文化社、平二〇二五〇頁の指摘するところである。

(15) 中野貞一郎「憲法と民事訴訟法―ゲルハルト・リュケ教授の所説に即して―」中野貞一郎・石川明編『民事手続法の改革―リュケ教授退官記念』(信山社、平七)一四頁も、憲法上の検討の必要性を指摘し、審尋請求権に関するドイツの豊富な判例と学説を大いに参考にすべしとする。

## 2 手続保障の憲法的基礎

今や、判決を念頭に置いた垂直方向での手続保障の体系を明らかにし、憲法および法律上の根拠との対応関係と相互関係を示すべき時期に来ているように思われる。ここではその体系の全体像を提示する余裕はないが、送達名宛人の救済方法を検討する前提としての送達の手続保障機能に目を向けた場合、特に重要と思われる点は、この垂直方向での「手続保障」の中核部分が憲法上に基礎を有するということである。この点は、後に見るように(後述四三)、特に擬制送達に関する救済の必要性を論ずる上で(すなわち名宛人に届かない場合がありうることは法律が折り込みみであるとの理由から救済の必要性を否定する見解を克服する上で)特に有益な視点であると思われる。

従来から手続保障と同義ないし類似の概念としてわが国で展開されてきた「当事者権」の概念が、憲法上の「裁判を受ける権利」を手続法の技術レベルで具体化したものであるとの認識が得られつつある。<sup>(18)</sup> この当事者権を内包する日本国憲法三二一条の「裁判を受ける権利」は三二一条の適正手続条項と相まって、ドイツにおける法的審問請求権(Anspruch auf rechtliches Gehör)の概念(ボン基本法一〇二条一項)、およびアメリカ法における適法手続保障(due process of law)の概念(合衆国憲法修正五条および修正二四条)と共通の核を有するものと考えられる。ドイツにおける審問請求権は当初から民事裁判についても適用が予定されている。アメリカのデュープロセス条項は、本来は刑事裁判を中心として規定したものであるが、民事裁判についても適用されている。合衆国憲法に由来するわが国の憲法の三

一条および三二条も、その文言および条文構成上の位置から明らかに刑事裁判を念頭に置いた規定であるが、当時は死刑をはじめとする刑の執行による人権侵害の甚大さを強く意識したからであって、財産権の保障を含む人権概念が発達した今日においては、民事裁判についても適用があることに異論はないであろう。<sup>(19)</sup> これら憲法上の概念は、それぞれ歴史的背景が異なり、それゆえその射程も一致するものとはいえないが、中核部分としてのいわゆる弁論権の保障を意味する点では共通である。すなわち、刑事・民事を問わず何人も正当な手続によらなければ不利益な裁判を受けないことを保障しているのであって、当事者は自己の訴訟事件につき自らの見解を述べ、かつ聴取される機会が与えられなければならない、裁判所はその機会のなかった資料による裁判をしてはならないとする弁論権を保障しているものと解されるのである。民事訴訟における垂直関係の「手続保障」の中核部分もまさにこの弁論権の保障にあり、憲法三一条と結合した三二条を根拠として、憲法上の保障を受けるものと考えてよいであろう。

## 注

(16) 「手続保障」の体系化にとって、近時のドイツにおける法的審問請求権をめぐる連邦憲法裁判所の一連の判例とこれを契機とする学説の著しい展開が示唆に富む。筆者の見るところでは、とりわけ、Wolfram Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 1989 (Schriften für die Prozeßpraxis, Band 3) の整理が有益である。本書によれば、審問請求権は主として三つの構成要素からなり、①裁判に重要な事項につき知らされる権利 (Recht auf Orientierung)、②裁判の基礎のすべてに意見を述べる権利 (Recht auf Äußerung)、③自己の陳述したことが裁判官に十分顧慮される権利 (Recht auf Berücksichtigung) をその柱とする。送達はこのうちの①を支えるものとして重要な位置づけを与えられており、その瑕疵や擬制ある場合には、審問請求権侵害として憲法上の保護 (連邦憲法裁判所への憲法抗告 Verfassungsbeschwerde) が与えられる。

(17) 山木戸克己「訴訟における当事者権」民商三九巻四・五・六号 (昭三四) 『民事訴訟理論の基礎的研究』(昭三六) 五九頁以下所収) の提唱による。その後の当事者権概念の展開については、佐上善和「当事者権という概念の効用」『民事訴訟法の争点』(昭

五四) 六六頁参照。

(18) たとえば、新堂・前掲『民事訴訟法』八五頁。ただし、当事者権の憲法上の根拠として、憲法三二条のほかにとの条文を挙げるかについては、種々の見解がある。三一条を挙げるものが多いと思われるが、たとえば上田徹一郎『民事訴訟法』(法学書院、昭和三三)一七頁は二三条を挙げ、伊藤・前掲論文五二頁は三一条と八二条を挙げている。

(19) 「裁判を受ける権利」の意義と沿革、現在の議論状況については、さしあたり、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』(成文堂、平四)一頁以下「第一章・裁判を受ける権利と訴権論」参照。

### 3 送達の手続保障機能

民事訴訟法における基本諸原則のうち、とくに双方審尋主義および弁論主義は右の弁論権の保障の訴訟法上の現れであり、送達制度はこの弁論権の保障を現実的に支える支柱である。すなわち、民事訴訟法は、弁論権とその保障を具体化したものとして、訴訟の開始を告知される権利、期日の呼出しを受ける権利、準備書面の制度、訴え変更の告知を受ける権利、審級制度と上訴権等を認めていると解されるが、これらを現実に機能させるものとして、訴状の送達(二一九条一項)、期日呼出状の送達(二五四条)、準備書面の送達(二四三条)、訴え変更書面の送達(二三二条三項)、判決の送達(一九三条)を規定している<sup>(20)</sup>のである。これらのうち、特に訴状の送達は、被告に訴訟の開始を知らしめ、防禦権の行使を保障する最初の契機であり、被告の「裁判を受ける権利」の最も初歩的、基礎的、最低限の保障をなすものといえることができる。したがって、訴状の送達なくして下された判決は、およそ裁判の基本的条件を欠くものであって無効と評価されなければならないであろう。民事訴訟法二〇〇条二号が、外国判決の承認要件として訴訟開始文書の現実の送達を必要としているのも、この思想の現れである<sup>(21)</sup>。また、期日呼出状の送達は、弁論権の内容的保障たる弁論主義を機能させる前提条件をなすものであり、いわば弁論権保障の外的条件といえることができる。

(それゆえ、送達によらない簡易呼出しの方法によるときは、期日の懈怠による不利益を課することができず、擬制自白も成立しない。一五四条二項)。したがって、期日呼出状の送達なくして開かれた期日は無効であり、相手方のなした弁論も無効と扱われなければならない。判決の送達は、原審の判断に対する不服申立ての機会を与え、より実効的な弁論を求める権利を保障するとともに、不服ある判決の確定を遮断して不利益判決の既判力発生を妨げる機会を保障するものである。逆に言えば、判決の送達が既判力発生的前提条件をなす。したがって、判決の送達がなければ上訴期間も進行せず、判決が確定しないから既判力も発生しないことになる。

このように、訴状・期日呼出状・判決の送達は弁論権を実質的に保障する上で極めて重要な役割を担っており、その欠缺は名宛人に手続法上の各種の法的負担を負わせる前提を欠落させるものといえることができる。それゆえ、仮に、訴状も期日呼出状も送達されずに判決が下され、その判決も送達されないことがあるとすれば、たとえ判決の外観が存在したとしても、既判力等の内容的効力を伴わない無効な判決と評価せざるをえない。そのように一切送達がなされずに手続が進められることは現実にはほとんどありえないであろうが、送達が実施されてもその送達に瑕疵があり名宛人に到達しない場合、あるいは送達の擬制により名宛人に到達しない場合には、名宛人に見れば送達の欠缺と同様の状況に置かれることになる。前述のように、今日の実務では訴状および第一回期日呼出状の送達と欠席判決の送達との二回の送達で終わる手続が少なくないから、送達の瑕疵または擬制により被告の全く知らない間に手続上判決が確定したものと扱われている場合が時折生じるのである。この場合、裁判所にとっては手続上送達を実施しなかった場合とは大きく事情が異なるが、被告にとっては送達の欠缺と同様の状況に置かれるのであって、最低限の弁論権の保障が侵害されたものとして、憲法上、救済の必要性が基礎づけられるものと考えられる。ただし、送達の瑕疵の場合と送達の擬制の場合とは、前者が手続の違法と評価されるのに対し後者が適法な手続として推移する

点で、手続法的評価が大きく異なる。そこで、以下では二つの場合を分け、それぞれの場合の救済方法を検討することにしよう。

### 注

(20) 期日・期間と送達制度の手続保障機能の的確な分析として、高橋宏志「不意打防止のシステム——期日・期間・送達」新堂編『特別講義民事訴訟法』三八一頁参照。

(21) 国際民事訴訟法の領域では、手続開始文書の送達が判決効承認の前提要件として決定的な意義をもつ。わが国でも、特に訴状の直接郵送がその要件を満たすかが大きな問題となっているのは周知の通りである。そこでの焦点は、憲法三二条を背景とする被告の防御権の保障である。これらの点につき、とりあえず、石川明・小島武司編『国際民事訴訟法』（青林書院、平六）一〇一頁以下〔春日偉知郎〕、一四一頁以下〔坂本恵三〕参照。

(22) 稀な例であるが、最判昭和五五年一月一八日判時九六一号七四頁は、被告に訴状不送達のまま欠席判決を下したことに気づき、判決言渡後に裁判官より「いったん訴えを取り下げて再度訴えを提起してほしい」との要請を受けてなされた再訴の事案である。

## 三 送達の瑕疵と手続保障の調整<sup>(1)</sup>

### 1 送達の瑕疵による手続保障欠落の態様

送達の瑕疵といっても種々のものがある。送達事務取扱者たる書記官が、送達書類の作成、名宛人の決定、送達場所の決定、送達方法の選択、送達要件の認定に際して誤りを犯すこともありうるし、送達実施機関たる郵便業務従事者または執行官が、名宛人やその同居人を誤認したり、送達場所を間違えるということもありうる。その結果、書類は届いたものの送達の方式厳格性に基づく軽微な瑕疵といえるものから、およそ名宛人に書類が届かず何も告知しえ

ないような重大な瑕疵に至るまで、さまざまである。ここで問題とするのは、それら送達の瑕疵により名宛人に訴状等の送達書類が到達しない場合である。では現実にとどのような場合があるか。論述の前提として、近年の裁判例に現れたケースを基に、その典型例を示しておこう。

① 名宛人の居住していない場所を住所として送達し、そこで受領した者が名宛人に知らせず放置した場合（送達場所の瑕疵）

② 同居人として送達受領能力のない幼児や老人が送達書類を受領し、名宛人に渡さずどこかに紛失してしまった場合（送達受領能力の欠缺）

③ 手続上対立する当事者やその支配下にある者が相手方の補充送達を受領者となり、送達書類を隠匿してしまつた場合（送達受領権限の欠缺）

④ 書留郵便に付して送達がなされたが、宛先が間違っていたため返送された場合（付郵便送達の宛先の瑕疵）

⑤ 通常の郵便送達や就業場所送達を省略して直ちに付郵便送達を実施し、全戸不在のため郵便局に留め置かれた後裁判所に返送されてしまった場合（付郵便送達の要件の欠缺）

いずれも名宛人に送達書類が届かず、告知の目的を達しえない場合である。したがって、訴状の送達に右のような瑕疵があれば、被告が訴訟の開始を知らないまま手続が推移しうるし、期日呼出状の送達も右のような瑕疵により到達しなければ、被告は期日を知りえず答弁書不提出のまま欠席せざるを得ない。その結果、通常は原告の請求原因事実が自白されたものと見做される（一四〇条三項）から、請求認容のいわゆる欠席判決が下されることになる。その上、判決の送達にも右のような瑕疵が重なつたとすれば、裁判所としては判決の送達が済んだものと見て、その二週間後には判決が確定したものととして処理するのが通常であるから、被告は敗訴判決の存在を知らないまま、不服申立



ての機会も与えられずに、事実上その確定判決の不利益な効果を押しつけられることにもなりうる。

### 注

(1) 送達の瑕疵による手続保障の全部欠落とその事後的補償としての判決無効論の詳細については、別稿・中山「訴訟係属と判決無効」中村英郎教授古稀祝賀論文集『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、平成八年三月刊行予定）も参照されたい。本章の論述は多分に右別稿と重複するが、送達にかかる手続保障論の全体像を示すうえで不可欠と思われるので、本稿においてもその概略を示すことにしたい。

(2) 宮崎富士美『設例・民事の実務』（三協法規出版、平三二二四三頁以下）には、設例式で「判決送達後に、訴状等の送達が適式になされていなかったことが判明した場合の処置」について、裁判所の処理について興味ある諸説が検討されている。実務上の処理と実務感覚を知るうえで参考になると思われるので、ここに紹介しておこう。具体的設問は次のようなケースである。

「被告に対し原告全部勝訴の判決正本を送達した後、被告の妻であった者から、「被告宛の訴状、判決を受け取ってしまったが、それ以前既に被告と離婚、別居しており、被告は現在行方不明であるから、被告に交付することができない。」と、訴状、口頭弁論期日呼出状、判決正本をまとめて送り返して来た。裁判所書記官は、実情を調査したところ、被告の元妻の述べるところは真実との心証を得た。この場合裁判所はどのような処置をとったらよいか。」

この設問に対して、一応次の方法が考えられるとして、各説を検討している。①変更判決によって前の判決を取り消す説、②前の判決につき、無効宣言の中間判決をする説、③勝訴の原告から控訴させる説、④勝訴の原告から再審の訴えを提起させる説、⑤判決の再送達だけを実施する説、⑥訴訟手続は形式的に終了しているから、なんらの措置を採らない説。

検討の結果、「どの説も一長一短があつて決め難いが、変更判決説、中間判決説は適当でなく、再審の訴え説も原告から再審の訴えを提起するのは適法性に問題があるので、裁判所書記官としてはひとまず被告に対する判決の再送達（公示送達）を実施して、原告に控訴するよう促すのが無難といえる。放置説は、実務家の立場からは共感を呼ぶであろう。」と結論づける。因みに、放置説は次のような考慮を背景とする。「判決の内容が実体的真実に合致していれば、後に被告が現れて、判決の存在を知っても、あえてこれを争うことはないであろう。実体的真実に反していれば、その時点で再審の訴えを提起させればよい。判決言渡により

形式的に完了している訴訟手続に瑕疵があつたとしても、法律上これを審理に引き戻す制度は用意されていないのであるから、手をつけなくて、そのまま放置して置いたほうがよい。」(傍線筆者)

## 2 名宛人の救済方法をめぐる議論の現状

では、送達に右のような瑕疵があつて名宛人たる被告に到達しなかつた場合、被告の救済方法としてはどのようなものが考えられるか。段階を追つて順に考えてみよう。

訴状および第一回期日呼出状が送達の瑕疵により到達しなければ、被告欠席のまま擬制自白ありとして弁論が終結されることになる。この段階で被告がたまたま気がつけば、判決言渡し前であるかぎり弁論の再開を求めることができよう。<sup>(3)</sup> このようなことがなければ、請求を認容する判決が下されることになる。

判決の送達が有効になされ被告本人に届けば、この時点で判決の存在を知りうるから、送達から二週間以内(判決確定前)であれば控訴の提起により、原審の手續に違法があつたものとして判決の取消・差戻し(民訴法三八七条・三八九条)を求めることが可能であろう。ただし、控訴できるといふことと、控訴しなければならぬといふことは同じではない。二週間に控訴しなかつたことをもつて失権するかどうかは問題である。訴状等の送達の瑕疵を再審事由と捉える場合には、後述のように、再審の補充性(四二〇条一項但書)が問題となりうるからである。

判決の送達にも瑕疵があり、被告に到達しないまま上訴期間が経過したものと扱われた場合はどうなるか。判決の送達が無効であれば上訴期間が進行しないから、いつまでも上訴を提起できるといふ解釈が成り立ちうる。すでに下級審では、このような論法で名宛人の控訴や異議を認めるものがある。<sup>(4)</sup> 他方、送達の瑕疵により手続関与の機会が全く与えられなかつた場合は民訴法四二〇条一項三号に該当するとして、またはこれに準じて再審を認める下級審裁判

例がある<sup>(5)</sup>。

それでは、判決の送達が擬制送達によつた場合はどうか。この場合も判決が被告に到達しない点では同じであるが、手続上は有効に上訴期間が進行し、したがつて二週間後には確定判決が存在することになる。訴状等の送達に瑕疵があつた場合、後に責問権の放棄・喪失または追認により、あるいは目的到達により瑕疵の治癒がなされることがないかぎり、その送達は無効であり、手続の違法が存続するように思われる。しかし、判決の送達が有効であれば上訴期間の徒過により判決は確定し、確定判決には既判力が発生するから、<sup>(6)</sup>再審事由でもないかぎり手続の瑕疵はもはや争えないとするのが従来の一般的な見解であつた。しかも、再審事由は制限列举であるから厳格に解釈すべし、とするのが大審院および最高裁の立場である。<sup>(7)</sup>さらに、判決の送達が有効である以上、訴状等の瑕疵は判決の送達の時<sup>(8)</sup>に知つたものと解すべきであるとして、知りながら控訴によつて主張しなかつた場合には再審の補充性によりもはや再審は許されない、とする裁判例もあつた。

これに対して、近時、地殻変動が生じている。平成四年九月一〇日の最高裁判決は、右のような場合（訴状送達に瑕疵あり、判決の送達は擬制送達で確定した場合）に民訴法四二〇条一項三号のいわゆる代理権欠缺の再審事由を拡大解釈して、再審によつて救済するという方法を承認したのである。<sup>(9)</sup>しかもこの判決は、事案としては補充送達の受領者が送達受領能力を欠いた場合であつて、受送達代理権の欠缺という構成もありえたにもかかわらず、「有効に訴状の送達がされず、その故に被告とされた者が訴訟に<sup>(10)</sup>関与する機会が与えられないまま判決がされた場合には、当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があつた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法四二〇条一項三号の事由があるものと解するのが相当である。また、民訴法四二〇条一項ただし書は、再審事由を知つて上訴をしなかつた場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実<sup>(11)</sup>に了知することができなかつ

た場合は同項ただし書に当たらない」(傍線筆者)と判示する。これは、送達の瑕疵による手続関与の機会の欠落を再審事由として代理権欠缺の場合と同視するものであり、送達名宛人の救済という観点から見て、大きな前進と評価しうる。<sup>(10)</sup>

しかし、より深く訴訟の基本原則である双方審尋主義、さらに憲法上の「裁判を受ける権利」の保障に照らして考えていくと、もう一步踏み込んで、そもそも訴状送達の瑕疵が治癒されなまま下された判決は、むしろ判決としての基本条件を欠くものであり、判決無効と考えるべきではないか。たとえば、右のような欠席判決に基づいて強制執行がなされてきた場合に、請求異議の訴えで防御できないものか。あるいは、執行や登記がなされた後なら、直接に不当利得返還請求や抹消登記請求の訴えを提起できてよいのではないか。また、判決が有効に送達された場合には、二週間以内に控訴を提起しないと、控訴による救済だけでなく、(再審の補充性により)再審による救済も遮断されてしまう可能性がある。しかし、今まで何ら訴訟の存在を知らなかった者が、いきなり判決を受け取り、直ちに全てを理解し適切に対処できるであろうか。法律家ならともかく、素人にとって記録の閲覧などは思いつかないであろうし、弁護士への相談・調査・資料収集・対策協議・書面作成などを考えれば、右の期間制限も過酷にすぎると感ぜられることが少なくないであろう。当該裁判所が遠隔地であったり、弁護士過疎地の場合にはなおさらである。当の弁護士でさえ、実体法・訴訟法の両方にわたって直ちに的確な法律構成と法的手段をとりうるわけでもない。このように考えていくと、手続関与の機会が全く与えられぬまま下された判決は無効として、再審以外の救済方法をも多種用意しておくことが望ましいのではなからうか(筆者は、後述のように判決無効と再審は両立可能であると考えている)。そこで、ここでは訴訟法上のテクニックとして「訴訟係属」という技術概念を用い、「訴訟係属のないまま下された判決は無効」という命題を再確認し、送達の瑕疵に基づく判決無効論を提示したいと思う。<sup>(11)</sup>

## 注

- (3) 一般に、弁論の再開は裁判所の裁量事項に属するとされるが、この場合は手続保障の全面的欠落であり、「手続的正義」の要請（最判昭和五六年九月二四日民集三五卷六号一〇八八頁参照）から再開義務が存する場合と解する。弁論再開義務の意義につき、中山幸二「弁論を再開しないことが違法とされるのはどのような場合か」別冊法学セミナー『民事訴訟法（第三版）I』二九五頁参照。なお、再開義務の範囲については、右最判の基準よりも広く、不変期間の懈怠に対する追完事由（一五九条）を弁論期日の懈怠に対する追完し弁論再開に類推すべきではないかと考える。塩崎勤「当事者の欠席をめぐる実務処理上の問題点」『新・実務民事訴訟講座1』（昭五六）三〇五頁が、裁判官の立場から、「被告が欠席したのが病気、汽車の事故等やむをえない事由による場合であつて、しかも事前に期日の変更を申請したり答弁書その他の準備書面を提出するいとまもなかったというような場合にまで、裁判所が弁論の再開を許さないというのは、訴訟の促進の名の下に適正な裁判の実現を放棄するに等しく、当事者の納得を得ることができないであろう」と述べるが、筆者はこれに送達の瑕疵・擬制による欠席の場合を付け加え、再開義務の観点から評価したい。
- (4) たとえば、大阪高判平成四年二月二七日判タ七九三号二六八頁は、判決の補充送達に瑕疵があつたと認め、判決が未だ確定していないとして、八年後の控訴を適法とする。仙台高判平成五年一月二七日も、同様の論理で一年後の控訴を認める。また、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、東京地決昭和六三年九月二一日判時一二九二号一一〇頁、大阪地決平成二年三月一九日NB L五〇二号五五頁が、仮執行宣言付支払命令の付郵便送達の瑕疵を認め、それぞれ五週間後、三ヵ月後、三年四ヵ月後の異議申立てを認めているのも、この論法による。
- (5) 高松高判昭和二八年五月二八日高民集六卷四号二三八頁は、支払命令・仮執行宣言付支払命令の補充送達を送達受領権限のない者が受領していた事案で、受送達代理権の欠缺を理由に三号の再審事由に当たるとした。東京地判昭和五二年二月二一日判時八九号六七頁は、別居していた母親に対してその住所を原告方として訴訟を提起し、原告の妻が訴状等の補充送達を受領していた事案で、三号に準じて再審事由を肯定できるとした。
- (6) 大判昭和一七年二月二六日民集二二卷二四号一二二五頁は、訴状・期日呼出状の送達が不適法であつても、そのような訴訟手

続の違法は確定判決の効力に影響を及ぼさず、欠席判決が確定した以上既判力を有すると判示する。

- (7) 大判昭和一〇年一月二六日民集一四卷三四号二二二九頁は、「元来再審ノ訴ハ終局判決ノ確定力ヲ除去スルコトヲ目的トスルモノニシテ、從テ法ガ其ノ訴ノ事由ヲ特ニ制限的ニ規定シタルコトニ鑑レバ、該事由ノ存否ハ法ノ規定スルトコロヲ嚴格ニ解釈シテ決スベキモノ」とし、被告の住所を調べればすぐ分かるのに原告がこれをせず住所不明として公示送達の申立てをした場合であつても「確定判決ノ訴訟手續ハ法定代理人若ハ訴訟代理人ニ依リテ為サレシモノニ非ズ。從テ法定代理權若ハ訴訟代理權又ハ代理人ガ訴訟行為ヲ為スニ必要ナル授權ノ欠缺アルモノトハ云ヒ得サルコト洵ニ明瞭ナルニヨリ民事訴訟法第四百二十条第一項第三号ノ再審事由ニ該当セス」(傍線筆者)とする。同旨、最判昭和五七年五月二七日判時一〇五二号六六頁(住所を知らながら公示送達の申立てをした場合)。この論法でいくかぎり、送達の瑕疵による訴状・呼出状の不到達、それゆゑ訴訟不知による欠席という場合は、補充送達の受領者が送達受領権限(これを法定代理權と捉えるのが通説である)を有しない場合を除き、代理人による訴訟行為を云々する余地はないから、およそ同号の再審事由の適用可能性はないことになる。

- (8) たとえば、札幌簡判平成二年一月二五日(中山「消費者法判例紹介」NBL四五四号四三頁)およびその上告審・札幌高判平成三年九月一八日と特別上告審・最判平成四年三月一七日(中山「消費者法判例紹介」NBL五一八号四〇頁および四四頁)。また、次掲最判の原審・高松高判平成二年二月二七日(判例集未登載・NBL五〇六号一五頁参照)。

- (9) 最判平成四年九月一〇日民集四六卷六号五五三頁(七才の娘が父親あての訴状を受領したが交付せず、欠席判決の送達は夫の氏名を冒用して契約を締結した妻が受領して隠匿したとされた事案)。

- (10) これにより、訴状送達の瑕疵により被告不知のまま下された判決につき、再審による救済可能性が承認されたといえる。しかし、それにとどまらず、この判決を契機に、送達の擬制により被告が実質的に手続関与の機会を与えられずに欠席判決を受けていた場合にも、広く民法四二〇条一項三号が適用される可能性も出てきた。判示からは「代理人による訴訟行為」であることを要せず、「訴訟に関与する機会が与えられない」事態を再審事由と見ているものと解されるからである(下級審ではすでに同様の解釈が見られた)。その意味で、この判決は従来の最高裁の嚴格解釈の方針を大転換する画期的な判決と評しうる。筆者の本判決に対する評価につき、中山「同居者への訴状・判決の送達と再審の可否」NBL五〇六号一七頁(以下「送達と再審」として引用)参照。

これに対して、河野正憲「手続権侵害と再審事由(一)」法学五八卷二号一頁(平六)は、手続に関与できなかったこと自体が

重視されたのではなく、その原因として手続上の重大な瑕疵があったことも重要であるとの理解を示す。これは、判示の「有効に訴状の送達がされず、その故に」関与の機会が与えられなかったとの文言を重視するものであり、従来の裁判例（悪意の公示送達申立てでも送達は有効だから再審は認めない）とも整合しうる無難な位置づけであろう。しかし、私は右の文言も承知のうえで、これは本件の事案（たまたま訴状の送達を受領したのが小学生であった）を素直に反映した文言に過ぎず、最高裁は実質的手続保障の重視に力点を置いたものと解したい。本件最判を解説する田中調査官も、送達が有効にされても、それだけで訴訟に関与する機会が与えられたとはいえないとし、「当事者に保障されるべき訴訟に関与する機会といふものを実質的に捉えている」とする。そして、慎重な言い回しではあるが、送達が有効であっても再審を認めうる場合があるかは「将来の問題として残されている」と述べ、その余地を示唆する。田中豊「最判解説」曹時四五巻一〇号一五九頁。

なお、本件事案につき筆者の推理するところでは、父親と母親あての二通の訴状が同時に送達され、これを受領した娘が二通とも母親に渡したところ、母親が氏名冒用の事実の発覚を恐れて隠してしまったのが実相と思う（この点を確定すべく調査したが、残念ながら、本件再審訴訟を担当した弁護士からも、また訴訟記録中の娘の上申書〔平成元年一〇月二十九日付〕からも「子供の頃のことであり……記憶にありません」とされ、確認はできなかった）。仮にそうだとすれば、訴状の送達を母親が受領し、補充送達として有効と評価された場合と実情は何ら変わらない。田中・右「最判解説」一五九頁も、仮に「訴状がXの四女Bではなく妻Aに交付されていたとして、三号の再審事由に該当するとされる」可能性が排除されていないことを名言しているのである。

(11) 筆者はかつて訴状送達の瑕疵に基づく判決無効論の提示を試みた、中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利(下)」NBL五〇五号二八頁以下(平四)(以下「送達と裁判」として引用)。これに対して、田中・前掲「最判解説」一六一頁以下は重大な関心を示し、判決無効を前提とした不服申立ての方法をも詳細に検討したうえ、再審との両立可能性を含め「今後の議論をまきたい」とする。高橋宏志「判批」私法判例リマックス一九九四(上)一五〇頁も、判決無効説にくみするとの態度を表明しつつ、これは未だ少数説であり「理論としては判決無効説は将来の課題だ」とする。

他方、高崎英雄「判批」法学研究六六巻九号一〇二頁は明確に反対し、訴状の送達が無効のまま下された判決でも「主文の判断の前提として、当該訴訟における訴訟係属が有効であるとの法的判断も当然に含まれているものと解し、判決確定後においては、再審により当該判決が覆らない限り、訴訟係属の無効は問題にできないものと解する」とする。高見進「判批」民商一〇九巻二号八三頁も、原告が悪意あるいは害意をもって被告あての訴状等の受領を妨害したような場合は別として、一般的には「有効な訴状

の送達がないと評価される場合であっても訴訟係属は生じると解すべきである」とし、判決無効の前提たる訴訟係属の不成立自体を否定する。さらに、浩瀚な文献研究を披露する加波眞一「(民事) 判決無効の法理(三・完)」北九州大学法政論集二二巻二七二頁(平六)も、筆者の見解を「理論的根拠が明らかでない」とし、訴状の送達が無効でも「判決が確定すればもはや無効を問題とする余地はない、というのが通説の立場」であり、「この通説に反論するだけの論拠を示すべき」だという。筆者の論拠の要点はドイツの裁判例に仮託して摘示したつもりであるが、次節で改めて詳述することにしよう。

### 3 訴訟係属の欠缺を理由とする判決無効論

筆者は、訴状送達に瑕疵があり被告に到達しない場合には、そもそも訴訟係属が成立していないと考える。そして、訴訟係属のないまま下された判決は、手続法上、被告に審問の機会が全く与えられなかったものと評価されるがゆえに、無効と解すべきものと思う。しかし、判決効発生の前提条件という角度から「訴訟係属」を捉えるという発想は、従来ほとんど見られなかったし、未だ承認されていない<sup>(13)</sup>。そこで、母国ドイツの議論を参考にして、まず「訴訟係属」概念の構造を確認しておきたい<sup>(14)</sup>。

ドイツでは、「訴訟係属」にあたる概念として、Anhängigkeit と Rechtshängigkeit とらう二通りの概念がある。一般に、Anhängigkeit は原告が訴状を裁判所に提出した段階で発生すると考えられており、手続が開始し、裁判所が原告の申立てを取り扱っている状態をさす。いわば原告と裁判所との間の訴訟関係が成立する。その内容の中核部分をなすのは原告の裁判所に対する権利保護の要求 (Rechtsschutzgesuch あるいは Rechtsschutzbitte) である。これに対して、Rechtshängigkeit の方は、被告に訴状が送達された段階で成立するものと考えるのが今日の通説である。その実質は被告の rechtliches Gehör すなわち審問の機会の保障にある。それゆえ、Rechtshängigkeit の発生により



被告が当事者の地位につき、被告を含む訴訟法律関係が成立すると捉えるのである。

このような概念区分はわが国でも有益であり、送達の瑕疵との関係では *Rechtshängigkeit* たる訴訟係属が決定的に重要な意味を持つように思われる。現行法の構成から見ても、訴状審査段階では裁判長が形式的審査をするだけで未だ裁判所の判決義務は生じておらず（民訴法二二八条参照）、被告に訴状が送達されて始めて裁判所の判決義務が生ずる。それゆえ、裁判所と原告・被告三者間の訴訟法律関係が<sup>(14a)</sup>ここで成立すると見られる。すなわち、まず訴状の提出によって、原告の裁判所に対する権利保護要求の提示と裁判長の訴状審査義務を中核とする原告・裁判所間の訴訟関係が成立する（*Anhängigkeit* の状態）が、この段階では、裁判長による訴状審査・書記官による送達など、裁判所の手続は開始するものの、訴えの適法性および請求の理由具備性に関する審理は行われない。ただしこの時点で、権利保護要求の提示により原告の権利行使の意思が国家機関たる裁判所で明確になったものとみて、（後の訴え取下げ又は訴え却下を解除条件として）時効中断の効力を生ずると解する（民訴法二三五条、民法一四九条）。次に訴状の送達によって、被告に対する防禦の機会の保障と裁判所の判決義務を中核とする原告・被告・裁判所間の訴訟法律関係が成立する（*Rechtshängigkeit* の状態）。この段階で始めて、双方審尋主義に基づく訴えと請求（訴訟要件と本案）の審理の基礎が与えられ、訴訟係属に基づく訴訟法上の諸効果が生じる。既判力の抵触を防止するため二重起訴の禁止（民訴法二二二条）が働くのもこの時点からである。これは、この段階で下される判決に既判力が生じうることを意味する（この点は、訴訟係属のないまま下された判決が既判力の基礎を欠くことの実定法上の手掛かりともいえよう）。

したがって、訴状の送達がまだなされていないとか、訴状送達が形の上ではなされたけれどもそれに瑕疵があり無効という場合には、被告には未だ審問の機会が与えられておらず、裁判所の判決義務の基礎が備わっていないのであって、まさに訴訟法律関係の成立要件たる訴訟係属が生じていないものと考えられるのである。<sup>(15)</sup>もつともこのような

訴状送達の瑕疵による訴訟係属の欠落という状態は、その後ずっと継続するとはかぎらず、いわゆる責問権の放棄または喪失による治癒、あるいは目的到達による治癒というものが考えられる。すなわち、訴状送達に瑕疵があったとしても、被告が何らかの契機にその訴状を知り、その訴状を手にしたという場合には、送達制度の目的を達したという意味で、目的到達による瑕疵の治癒を認めてよいであろうし、また、被告がその訴状の送達を受けなかったとしても、何らかの契機に訴訟の存在を知り、期日に出頭し、異議なくこれに応訴したというような場合は、責問権の喪失になるし、意識的に責問権を放棄することも当然認めてよいであろう。逆にいえば、右のような瑕疵の治癒がなされない限りは、訴訟係属がなのまま事実上手続が進むものと見られ（違法な手続）、この瑕疵は判決が言い渡されたことよって治癒される謂われはない。したがって、期日に出頭がないことを理由に擬制自白と見做され、いわゆる欠席判決が下されたとしても、そのような欠席判決は「訴訟係属のないまま下された判決」として重大な瑕疵を孕んだ判決と見られるのである。<sup>(16)</sup>

この場合、その実質を捉えるなら、被告に審問の機会が一切与えられておらず、その意味で被告の手続保障の全部欠落の状態と見ることができるとは、後述の送達の擬制による事実上の手続保障の全部欠落と異なり、そもそも手続法上の評価として審問の機会全部欠落と見られるのであり、既判力の基礎の欠落といえることができる。それゆえ、瑕疵の治癒のないまま下された判決は無効と解される。これを図式化すれば、訴状送達の瑕疵→*Rechtshängig*-*act*たる訴訟係属の欠落↓「訴訟係属のないまま下された判決は無効」ということになる。

判決が無効であれば既判力が生じないから、被告としては、当該判決で肯定された実体的法律関係の不存在確認を求めて新訴を提起できるし、当該判決に基づく強制執行に対しては請求異議の訴えにより前訴判決の基準時以前の事由をも主張しうる。<sup>(17)</sup> また、判決無効確認の訴えも認めてよいと解する。<sup>(18)</sup> 民事訴訟法四二〇条一項三号による再審の訴

えも認めてよい<sup>(19)</sup>。このように救済方法の併存を認めることは、救済方法選択の適否にかかる当事者の責任と負担を緩和する意味でも、また管轄を選択しうる点でも少なからぬ意味がある<sup>(20)</sup>。特に、当該瑕疵ある判決が被告の遠隔地で下されていた場合、再審の訴えや請求異議の訴えは専属管轄として当該判決裁判所に固定されることになるが、前訴において何ら手続関与の機会が与えられなかった者にとって、自己に不利益な管轄に拘束される謂われは本来ないからである。前訴判決裁判所と異なる裁判所に提訴するときは、記録写しの取寄せも考慮してよいであろう。欠席判決であるから、前訴の記録といっても高が知れている(このことはまた、再審の訴えや請求異議の訴えの専属管轄性をも薄めるのであって、前訴の送達の瑕疵が認定できた以後の審理は、再審でも請求異議でも申立てにより移送の余地も認めるべきではないだろうか。この点は現行法の専属管轄規定に真っ向から対立するようにも見えるが、中間判決を境とした移送というものを解釈論として認められないものであろうか<sup>(20a)</sup>)。

わが国では、右のような考え方を適用して判決無効を認めた裁判例は今のところほとんど見られない<sup>(21)</sup>。ドイツでは、下級審ではあるが、訴状送達の瑕疵に基づき判決無効を肯定した注目すべき裁判例として、一九八二年二月二二日のチュービンゲン地方裁判所の決定がある<sup>(22)</sup>。この決定は、送達場所の誤りにより訴状が被告に到達しないまま欠席判決が下され、その判決の送達も同じ誤りにより到達しなかったという事案で、判決の存在を知った被告の故障申立てを受けて、判決無効と宣言したものである。判決無効の論拠として右決定が強調するのは次の二点である。①二当事者を不可欠の前提とする訴訟の本質上、訴訟法律関係の成立時点は被告への訴状の送達時であり、有効な判決を下すには *Rechtshängigkeit* が生じていることが前提となる。訴状送達が無効であれば *Rechtshängigkeit* が生じておらず、そのまま下された判決は無効である。②被告が判決を言い渡されるまで訴訟について何ら知ることができないという事態は、審問請求権侵害の最たるものである。欠席判決に対する故障の追完で救済されるとは限らないから、

判決無効を承認することが基本法一〇一条一項の法的審問請求権の保障から要請される。

このチュービンゲン地裁の決定は学説も認めるところであり、ドイツで最も権威ある民事訴訟法の *Lehrbuch* と思われる Rosenberg/Schwab が、<sup>(23)</sup> さらには最近第一五版からそれを引き継いだ Gottwald もこの判例を引いて、「訴訟係属のないまま下された判決は無効」の一例として紹介しているところである。

このような訴状送達の瑕疵に基づく判決無効論に対しては、確定判決の法的安定性を著しく害するとの批判がある。<sup>(24)</sup> しかし、確定判決の法的安定性の根拠を掘り下げて見ると、原告と被告ががっぷり四つに組んでさんざん争ったうえで得られた確定判決とは異なり、被告の知らぬ間の実質審理を經ていない欠席判決の場合には、相手方の紛争解決に対する期待の保護は相当割り引いて考えてよいであろうし、裁判所にとってもさほど大きな労力と時間を費やしたわけでもなく、判決の真実反映度も決して高いとは言えない。手続的に正当化されない外見上の確定判決の法的安定性より、被告の審問請求権すなわち憲法上の弁論権の保障を優先すべきであり、救済方法は再審の訴えに限定せず、できるだけ負担の少ない手段を用意しておくのが妥当であると考える。このように解しても、手続的瑕疵を理由に判決の効力を争い、実体的に意味のない訴えがやたらと提起されるという可能性は、現実には危惧に値しないであろう。<sup>(25)</sup>

### 注

(12) かつては訴訟法律関係の成立時点として訴訟係属発生の時期が論じられたが、それは訴訟法学の体系化を強く意識しての議論であった。その後、訴状提出・送達の前後に当事者が死亡した場合の取扱いとの関係で当事者確定論と結び付けて論じられたり、訴状送達前の移送の可否との関係で論じられたりしたが、それらは主として訴訟係属の発生時期をめぐる訴状提出時か訴状送達時か

の対立であった。なお、柏木邦良「訴訟要件と訴訟内紛争」民事訴訟雑誌一九号八五頁（昭四八）は、訴え提起行為を原告の訴状提出行為、裁判所の訴状送達行為、被告の訴状受領行為の三つから成る複合行為と捉え、それぞれにつき訴訟設定行為たる側面と訴訟行為たる側面から分析する。そして、訴訟無能力者に対する送達との関連で、訴訟係属という概念が有効無効という法的評価に親しむものでないと論ずる。示唆に富む論考であるが、私はやはり訴訟係属の有効無効の評価を認むべきものと思う。訴訟無能力者に対する送達と判決の効力に関する学説・判例の詳細な整理分析として、坂原正夫「訴訟能力の欠缺を看過した判決の効力」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』一一二頁（平二）参照。

(13) 加波・前掲論文七二頁は、「訴状送達が無効の場合は、それだけで判決無効となり……、というのは……単純にすぎ」と批判する。私は、訴状送達により被告に審問の機会が与えられる点に訴訟係属概念の本質を見いだすのであって、それゆえ、訴状送達の無効は審問の機会の欠落を意味するというのである。そこに、「訴訟係属の欠缺」という形式概念を介在させて、未だ正式の訴訟手続に乗っていない（判決の基礎たる訴訟法律関係が成立していない）から正式の手続の効果を受けないのであって、それゆえ当該手続の延長たる再審による取消を必要としないと考えるのである。逆に言うと、加波教授のように「手続保障欠缺」というむき出しの実質概念で再審理を認めるのは、歴史的「原理」としては受容できるが、精緻な現行訴訟制度における救済機構を作動させるには「要件」として機能しえないと思われるのである。各種の再審事由を手続保障の欠缺という再審原理に一括し、再審事由があれば再審の訴えによらず再審理を許容する、という一見矛盾した論理は現行法には適合しないのではなからうか。

(14) ドイツにおける訴訟係属概念の概略については、中山・前掲別稿「訴訟係属と判決無効」参照。訴訟係属概念の二義性を明確に指摘して、これに対応させた判決無効論を展開するものとして、鈴木大作「無効判決に関する一考察」早稲田大学法研論集七〇号二六八頁および二八〇頁（平六）。同論文は短編であるが示唆に富む。

(14 a) 訴訟法律関係論の歴史的展開と現代的意義につき、ゲルハルト・リュケ「訴訟法律関係についての考察」中野貞一郎教授古稀記念『判例民事訴訟法の理論（下）』（有斐閣、平七）五七三頁が要を得た総括と展望を提供する。

(15) 高見・前掲「判批」八三頁は、送達の瑕疵により有効な訴状の送達がないと評価される場合でも訴訟係属が生じるとするが、そこでいう「訴訟係属」は訴状提出により生ずる *Anhängigkeit* を意味するのであろうか。訴状送達により生ずる *Rechtshängigkeit* の意味でないとすれば、筆者とは論理を異にする。

(16) 高崎・前掲「判批」一〇二頁は、訴状の送達が無効のまま下された判決でも「主文の判断の前提として、当該訴訟における訴訟

係属が有効であるとの法的判断も当然に含まれている」とするが、送達の有効性について意識的な審理を欠き、しかも名宛人たる被告におよそ審問の機会も与えずに、訴訟係属有効の判断をなしたものと解するのは、現実から遊離した論理操作といわざるをえない。判決後は訴訟係属の無効を問題にできないとするための巧妙な説明ではあるが、これで被告の審問の機会欠落という重大な手続的瑕疵を治癒するのでは「擬制」が過ぎる。

- (17) 無効判決の執行力と請求異議に関する筆者の見解については、中山幸二「氏名冒用訴訟の判決の効力について」木川統一郎博士古稀祝賀論集『民裁判の充実と促進』上巻(平六)二九四頁以下参照(以下「氏名冒用」として引用)。なお筆者は、執行力が判決の形式的存在にかからしめられているとの理解から、無効判決にも執行力は生じると論じる。これは今のところ全くの異説と位置づけられると思うが、鈴木大作・前掲論文二七九頁以下は基本的にこれを支持する。なお、同二八二頁に紹介するAnker-mann/Wassermann, Kommentar zur ZPO, 1987, S. 862f. (Fenge) の判決の効力の分類〈materielle Urteilswirkungen〉と〈formelle Urteilswirkungen〉は筆者の実質的効力と形式的効力の分類に対応する。

- (18) わが国の判例(最判昭和四〇年二月二六日民集一九卷一号一六六頁)および通説(石川明「判決の無効確認を求める訴の許否」民商五三巻三号一六八頁、上村明広「判決の瑕疵」演習民事訴訟法(上)四五五頁等参照)は消極的であるが、ドイツでは積極説が多数である。vgl. Rosenberg/Schwab, ZPR, 14. Aufl., 1986, S. 364, Stein-Jonas-Grunsky, Kommentar zur ZPO, 20. Aufl., 1977, vor § 578 Rdnr. 16; Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 188.

- (19) 判決無効と再審の併立可能性については、中山・前掲「氏名冒用」二九八頁以下参照。
- (20) 前掲・最判平成四年九月一〇日の事案では、福岡在住の被告が判決確定から九年目になって訴訟の存在を知り、松山地裁今治支部に債務不存在確認の訴え、請求異議の訴え、再審の訴えを同時(平成元年九月四日)に提起し、再審の一番判決後(同二年七月二日)に他の二つの訴えを取り下げた。また、前掲・札幌簡判平成二年一月二五日NBL四五四号四三頁(その特別上告審は最判平成四年三月一七日)の事案では、釧路在住の被告が訴訟の存在を知ってから、まず札幌簡裁に期日指定の申立てをするとともに釧路簡裁への移送申立てをしたが、その三週間後に申立てが却下されたので、一週間後に再審の訴えを提起し、その係属中さらに損害賠償請求の訴えを提起していた。いずれも、受任弁護士が救済方法の選択に悩んだ事件であり、また、前訴が遠隔地の裁判所に提起されていたため(博多と今治、釧路と札幌の距離を、時間的・経済的・精神的側面からも想像されたい)、訴訟記録の調査および訴えの提起・遂行に苦勞し、裁判所所在地の弁護士と協力して当たった事例である。費用の問題に関して付け加えれ

ば、特に前者は、法律扶助協会と福岡県弁護士会の「消費者特定少額事件援助制度」（平成二年一〇月発足）の援助により、辛うじて最高裁（さらに差戻審）までの訴訟が維持されたケースである。

(20 a) 池田辰夫「管轄合意の専属性と移送」中野古稀記念『判例民事訴訟法の理論（上）』（平七）一五五頁も、欠席裁判のまま確定した判決に対する再審訴訟の専属管轄性に疑問を呈し、法定専属管轄の見直しを含めた抜本的な法改正の必要を主張する。記録送付システムへの着眼も筆者と問題意識を共通にする。

(21) 筆者の気がついた限りでは、前掲・大判昭和一七年二月二六日の原判決が、前訴の欠席判決は適法な訴状および期日呼出状の送達なくして下されたものであるから、訴訟法律関係の成立のないまま下された判決であり、既判力を生じないと判示するが、大審院によって破棄されている。なお、前掲・最判平成四年九月一〇日の事案では、上告理由として「前訴では有効な訴状の送達がないから訴訟係属が生じておらず、判決は無効である」との主張が追加されたが、上告理由書提出期間経過後の提出でもあり、全く判断が示されなかった。前掲・田中調査官の解説（二二頁）によれば、判決無効の構成を否定する趣旨ではなく、この「問題は将来にまつことになった」という。

(22) LG Tübingen, JZ 1982, 474. この決定の詳細は、中山・前掲「送達と裁判（下）」NB L五〇五号二九頁参照。

(23) Rosenberg/Schwab, ZPR 14 Aufl., S. 368; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR 15 Aufl., S. 344. なお、この決定に反対するものと比べ、KG, Urt. v. 27. 5. 1987, NJW-RR 1987, 1215 insbesondere 1216があるが、判決無効を理由とする訴えを排斥したのではなく、再審の訴えによって救済を求めてきた事案で、代理権欠缺の再審事由（わが国の民訴法四二〇条一項三号にあたる）にあたるとして再審を認めたケースである。

(24) 高崎・前掲判批一〇二頁は、「再審の訴えを提起することなく執行段階で判決の無効を主張することも可能であるということになろうが、それでは法的安定性を著しく害するし、厳格な再審事由の定めとの対比において少なくとも外見的に成立している確定判決があまりにも容易に覆りすぎて不当である」とする。結果として、確定判決が容易に覆ることになるとするのは、ご指摘の通りである。しかし、私はそれでよいと思う。

(25) 確定判決の外観が成立している以上は、これに基づき現実には強制執行もなされうるし、登記や戸籍の記載もなされることになろう。それゆえ、そのような既成事実を除去し、自己の権利を回復するには、最終的には何らかの訴えを提起せざるをえない。したがって、無効判決であっても事実上起訴責任が転換されるのである。この場合、判決が実体に合致していれば、あえてこれを争

うことは稀であり、実体的に意味のない訴えがやたらと提起されるということにはならないであろう。これが大方の実務家の感覚と推測する。このような実務感覚につき、宮崎・前掲書二四七頁参照。

#### 四 送達の擬制と手続保障の調整

##### 1 「擬制送達」の態様と到達可能性の程度

前述したように、ここでは公示送達、付郵便送達、補充送達を、いずれも書類が名宛人に到達しなくても送達の効力が生じるという意味で、擬制送達と呼ぶ<sup>(1)</sup>。公示送達（民法一七九条）では、どこに居るかわからない者に対して受訴裁判所の掲示板に貼り出すだけであるから、立法者が承認しているように、まずもって到達しないということが九九パーセント予定されており、まさに送達擬制の最たるものである。付郵便送達（同一七三条）では、公示送達に比べれば到達可能性は相当高いといえるが、送達の効力発生時点（郵便局での発送時）で到達していないことは明らかであり、また返送されても送達の効力に影響がないとされているから、名宛人に到達せずとも送達の効力が生じるという点で、やはり送達の擬制がなされているといえる<sup>(2)</sup>。補充送達（同一七一条）も、同居者・事務員などが受領した時点で送達の効力が生ずるという仕組みになっており、これも必ずしも名宛人に到達することは確実ではない。通常、同居人等に交付すれば近接する時期に名宛人に確実に到達するであろうことが高度の蓋然性をもって期待されるが、受領者が失念してしまったり、受領者が意図的に隠してしまうということもありうるから、名宛人に到達するとは限らないのである<sup>(3)</sup>。したがって、これらの場合、送達の本来の目的である名宛人への告知を達成しないにもかかわらず、送達としては法律上有効であるから、名宛人の知らないうちに手続が適法に進行し、判決が確定しているという事態が生じるのである。



## 注

(1) これらの送達方法の実施の実情については、草刈優「民事訴訟関係書類の送達実務の研究」〔裁判所書記官研修所書記官実務研究報告書七巻一号〕が昭和四三年当時の状況を、また、勝野リ上田・前掲「民事訴訟関係書類の送達実務の研究—改訂—」〔同書記官実務研究報告書二〇巻二号〕が昭和五六年時点での状況を、詳細かつ具体的に調査・分析して有益である。ただし、それぞれの送達方法がどのくらいの割合で利用されているかについては知りえない。日弁連消費者問題対策委員会が、全国一四簡易裁判所において、昭和六二年受付の民事通常訴訟の中から信販関係事件のみ各三〇件を無作為に抽出して調査した結果報告によれば、訴状の送達が付郵便送達によってなされた割合は約一割（四〇四件中四〇件）であった。日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・消費者信用訴訟プロジェクトチーム「簡易裁判所における消費者信用訴訟の実態と問題点」（平一）一七頁および三四頁参照（この報告書は本文二八頁、別表一八頁からなる小冊子であるが、わが国の消費者信用訴訟の現状と問題点を鋭く指摘する労作である）。

この点につき、ドイツにおいてホーマンが一九七七年に行った約九万件の実態調査によれば、本人への交付送達が二六%、同居人等への補充送達が五五%、預置による補充送達が一八%（これは日本の付郵便送達に類似した機能を営んでおり、宛所不在の場合、近くの郵便局に送達書類を預け置き、その旨の告知書を送付することにより送達の効力が生ずる、ZPO一八二条参照）公示送達が〇・九%となっている。Hohmann, Die Übermittlung von Schriftstücken in der Zivil-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, 1977, S. 89 ff.

(2) 付郵便送達の送達擬制の効果によって名宛人の裁判を受ける権利が危殆に瀕しているのではないか、という問題提起として、中山幸二「郵便に付する送達制度の問題点」神奈川法学二二巻三号（昭六二）四三頁以下参照（以下「問題点」として引用）。付郵便送達は特に信販関係事件については積極的に活用すべきものの方針が打ち出されているので（最高裁民事局編「信販関係事件に関する執務資料」〔民事裁判資料一五二二号〕（法曹会、昭五八）三二頁以下参照）、その利用状況は大手信販会社の所在地か否かにより大きく異なるであろう。因みに、昭和六二年に東京地裁管内の簡易裁判所における督促事件につき実施したアンケート調査によれば、郵便による送達の第一回の不送達率は約四六%に及ぶという（最高裁事務総局編「簡易裁判所民事事件執務資料」〔民

事裁判資料一七七号) (法曹会、昭六三二一三五頁) から、郵便による送達も不奏功で就業場所送達もできない場合に実施される付郵便送達の到達率というものはさらに低く、もしかしたら二割、三割といったところではなからうか。残念ながら、郵便に付された送達書類が裁判所に返送される割合については、データが存しない。因みに、ドイツでは、前掲ホームマンの研究によれば、郵便局への預置による補充送達の場合、受取りに来ているのは四七%、裁判所に返送されたもの一〇%、受取りも返送もないもの八%、不明三五%ということである。vgl. Hohmann, aaO. S. 105 und 200.

(3) 最近特に問題となっているのは、クレジット契約などで同居人が氏名冒用するケースである。つまり、同居人が他人の名前を使って勝手に契約を締結し、その契約にまつわる訴訟が提起された場合に、その名前が使われた者に宛てて訴状以下の送達書類が送達されてくると、これを勝手に名前を使った同居人が民法一七一条に定める補充送達の送達受領者として受取りながら、この氏名冒用の事実が発覚することを恐れてそのまま隠匿し、名宛人に交付しないという問題が多数出ているのである。補充送達の送達擬制による名宛人の問題状況については、中山・前掲「送達と再審」NBL五〇六号一四頁以下、同「消費者法判例紹介」NBL四三三号四〇頁参照。

## 2 名宛人の救済方法に関する従来の議論状況

では、このような場合に、どのような救済措置が考えられるか。現行法上、判決が確定したあとも異議を申し立てうる手段としては、一応、民法一五九条の上訴の追完と四二〇条の再審とが考えられる。しかし、送達の擬制の場合には、本人に届かなくても手続としては適法であるから、手続上の重大な瑕疵を前提とする再審を認めることには抵抗が強い。これに対して、上訴の追完は、本来、手続上は瑕疵がなくとも判決確定後の審理を認めるものであるから、送達の擬制により手続が適法に推移したと評価される場合にも認めやすい。すなわち、上訴期間中の天災事変その他の外在的理由を典型として、手続の瑕疵↓違法を前提とせずに、広く「当事者の責に帰すべからざる事由」により上訴期間内に上訴を提起できなかったことだけで期間経過後の上訴を認め、結果的に確定判決の覆滅の可能性を与

えているからである。そこで、一般的には、判決正本の送達擬制に着目して本人の帰責事由がないことを条件に上訴の追完は認めるが、再審は認めないというのが、わが国の判例・学説の傾向といえようか。<sup>(4)</sup>

もつとも、擬制の程度の著しい公示送達については、四二〇条一項三号の代理権欠缺を類推適用して再審を認める見解も学説上は有力である。<sup>(5)</sup> 他方、送達制度は本人に届かないことがあるのも折り込みずみであつて、相手方当事者および裁判所の利益も重視しなければならぬから、原告の側に悪意があつたような場合は別として、安易に確定判決をくずしてはならず、再審はもちろん上訴の追完も許されないとする見解もしばしば主張される。<sup>(6)</sup>

また、諸種の擬制送達を認めた立法主義自体から、当事者の手続保障はそれに尽きる（有効な送達があれば、それが擬制であつても失権が正当化される）として、事後的救済を切り捨てるのが「理論的あるべき姿」である、とする割り切った解釈姿勢を示す見解も登場している。<sup>(7)</sup> これは「送達と手続保障」に関する独自の理論に基づくものであり、手続保障の空洞化を指向する重大な問題提起であると受け止められる。

#### 注

- (4) 公示送達の名宛人の救済方法に関する判例・学説を整理した文献は多数あるが、とりあえず、池田浩一・民訴判例百選（昭四〇）一七八頁、伊藤眞・続民訴判例百選（昭四七）一四六頁、富樫貞夫・民訴判例百選（第二版）（昭五七）一五〇頁、片野三郎・民訴判例百選Ⅰ（平四）一七六頁、梅本吉彦「不意打防止と訴訟法理論——公示送達・追完・再審——」法学教室三三三号三四頁（昭五八）（新堂編『特別講義民事訴訟法』（昭六三）三九三頁所収）、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商九三巻臨時増刊号(1)（創刊五十周年記念論文集Ⅰ）（昭六三）二四三頁、三谷忠之「公示送達と再審」香川法学八巻二号（昭六三）一頁参照。
- 付郵便送達の名宛人の救済方法をめぐる判例の現状については、中山・前掲「問題点」七六頁以下、同・前掲「送達と裁判（上）」四〇頁以下参照。

補充送達の名宛人の救済方法をめぐる判例・学説の状況については、中山・前掲「送達と裁判(下)」二六頁以下、池尻郁夫「補充送達に関する一考察(一)(二・完)」愛媛法学会雑誌二〇巻一号(平五)一頁以下、二二巻二号(平六)二三頁以下、同「利害対立者への補充送達と追完」中野古稀記念『判例民事訴訟法の理論(上)』(平七)三七七頁以下参照。

なお、青山善充「演習」法学教室一九九一年八月号一二二頁は、補充送達が有効の場合にも四二〇条一項三号を拡張して再審を認めてよいとするが、論拠は示されておらず、前提とされる判例の把握が不正確である(大判昭和一〇年一〇月二八日は送達の瑕疵と認定して三号再審を認めただけではない、民集一四巻一七九〇頁。逆に、高松高判昭和二八年五月二八日は送達の瑕疵にあたるから、有効な送達の場合に再審を認めるとはいえないはずである。いずれも引用として適切でない)。

(5) 申立人が相手方の住所を知らず、または十分な調査をしないで公示送達を申し立てた場合に三号による再審を認めるものとして、たとえば、本間・前掲論文二五七頁、兼子一ほか『条解民事訴訟法』(昭六一)四五九頁(竹下守夫)。悪意ある場合にかぎって、判決の騙取の一場合として三号による再審を認めるのは、梅本・前掲論文三四頁、五号による再審を認めるのは、兼子一『判例民事訴訟法』(昭二五)一四〇頁、同『民事訴訟法体系』(初版、昭二九)四八三頁、さらに判決無効まで認めるのは、新堂幸司『民事訴訟法』(初版、昭四九)四〇一頁。これに対して、申立人の故意・過失を問わず、名宛人の責によらない欠席であるかぎり三号の再審事由に基づく再審を認めるのは、三谷・前掲論文二二頁、同「判批」判時一四五二号二〇六頁(判評四一二号四四頁)。

(6) 梅本・前掲論文四〇一頁は、「受送達者が公示送達によって不変期間内に訴訟係属、判決の存在を知ることとはほとんどありえないであろうことも当初から折込み済みの上で、なおかつ積極的に権利行使を行う者の利益の方を保護すべしとする発想に起因している。従って、公示送達によってあたかも手続保障をまったく無視されたかに見える受送達者の利益も、これを過大視し、あるいはこの点のみに拘泥し、たやすくその責めに帰すべからざる事由による懈怠として控訴の追完を許容することは、そもそも公示送達という制度の存在それ自体を實質的に否定するに等しい」とする。池田浩一・前掲判批一七九頁は、三号再審の可能性につき「口頭弁論に関与して攻撃防禦方法を提出する機会を奪われたという点では、公示送達を知らないで欠席する場合も、通常の送達を受けながらその責に帰すべからざる事由で欠席する場合も……変わりがない」としながら、「それにもかかわらず、公示送達を知らないために欠席した当事者が代理権の欠缺を主張できないのは、公示送達の制度がもとも送達受領者の了知を擬制するものであり、それによって送達受領者が不利益を受けることは初めから予想されているからである」とし、提出の機会剝奪を認めなが

らも法律の予定を優先させる（いずれも傍線筆者）。

(7) 井上薫「再審の補充性の程度」判夕七九七号一三頁（平四）は、交付送達の原因に對する付郵便送達・補充送達・差置送達・公示送達の「例外規定の要件を検討すると、発信者（当事者または裁判所）は受送達者の居住状況（公示送達で）や受領状況（差置送達で）との相関関係上、なすべきことは尽くしたと考えられる場合は送達の効力を発生させることにしている」とすべきであり、当事者間の公平をも念頭に置いておられることは明らかである。以上のような送達における立法主義の結果、当事者の手続保障といつても、訴訟上の情報の到達を受けうる地位の保障にとどまり、その了知は保障の埒外とされた。従つて、当事者の手続保障の一環として、被告が訴状や判決を知らされるとはいつても、その程度は到達までであり、了知は問題外なのである」とする。そして、敗訴者に有効に送達がなされた以上、勝訴者及び裁判所は「なすべきことは尽くしたといふべきであるから、敗訴者は……失権効による不利益を甘受せざるをえない」（傍線筆者）との訴訟観を披瀝する（同一四頁）。これは筆者の問題意識と正反対の視座であり、しかも現職裁判官の言であることを顧慮すれば、本稿冒頭の架空テーゼがわが国の訴訟実務の運用上必ずしも非現実的なものでないことを暗示しているのではなからうか。

### 3 形式的手続保障と実質的手続保障の二重構造

確かに、原告の権利保護の必要性から、また、大量現象としての訴訟という観点から、効率的な手続運営を行うためには、このような送達擬制制度が必要であろう。<sup>(8)</sup> 名宛人の住所が不明であるというような場合、その住所が解明されるまで手続を進められないということになると、原告の権利保障、実体権の保障という点に欠けるところがある。それゆえに公示送達という制度の必要性は承認せざるをえない。住所が判明していても、家族みな不在がちでなかなか通常の送達が功を奏しないということが、今日の家族構成や就労状況に鑑みれば容易に考えられる。就業先への送達も休日や夜間の送達も功を奏しないとすれば、最後の手段として付郵便送達でとりあえず手続を進めるといふことも認めざるをえない（尤も、書留と並行して、普通郵便で訴状を送付するとか、原告に被告の電話番号を報告させて書

記官が電話での連絡を試みるなどの方策はありえよう<sup>(9)</sup>。補充送達の制度も、名宛人に到達する蓋然性が高いということ  
をテコとして、これを認めて手続を進めていく、これもまた効率的な手続運営のため必要なことであろう。

これらの擬制送達の共通項を括ってみると、要するに、訴訟上の擬制という手段を用いて手続を適法に進行させる  
ことにある<sup>(10)</sup>。すなわち、実際には名宛人に到達していなくても、一応名宛人に手続関与の機会というものを形式上与  
えたことにする。これによって形式的な手続保障は満たされたものとして手続が進められることにしているのであ  
る。ここでは、名宛人に手続上重要な事項を確実に告知するという送達制度の本来の目的を犠牲にしても、とりあえ  
ず手続を進行させることを優先させているにすぎない<sup>(11)</sup>。しかし、憲法上の裁判を受ける権利の中核をなすものとして  
の送達の機能を考えると、事前には手続進行の必要性から形式的な手続保障で進めざるをえないにしても、その代わ  
りに、実質的な手続保障の補充として事後的な手続関与の機会の保障がなされなければならない。もともと本人に届  
かないことがありうることを制度設計上予定しているのであれば、制度設営者の立場からその事後的調整を準備しな  
ければならないと考える。そうでなければ、民事訴訟法の法律でもって不当に財産権等を奪う仕組みを作ったこと  
なる。前述のような、送達制度には到達のないことも折り込みずみで法律の予定するところであるから事後的な救済  
の余地を与える必要はないとする見解は、裁判を受ける権利という憲法上の原理を無視するものではないかと思われ  
る。

手続開始・進行段階での形式的手続保障と事後的な実質的手続保障の組み合わせを具体的にどのように調整するか  
は、基本的に立法政策に属する問題であるが、前者を緩やかに構成して擬制送達を広く認めるのであれば、実質的に  
手続保障を与えられなかった被告の实体権を保護するため、後者でも手続再開の要件を緩やかにして救済の余地を広  
く認めるべきであろう<sup>(12)</sup>。逆に、擬制送達の許される要件を厳格に絞り込むのであれば、事後的な救済は例外的な場合

に限るのが妥当であろう。しかし、前者を緩やかに認めながら、後者は冷厳に門を閉ざすというのは、立法政策の過誤である。薄っぺらな形骸化された手続保障だけで事足りりとして、実際には原告と裁判所の間だけで手続を進め、あとは確定判決の既判力を振りかざして受け付けないというのでは、手続保障のバランスを欠くのである。それはまた、帰責事由なくして実体的権利を奪うことになるのであって、大量現象たる手続法の論理をもってしても、許される限界を越えるものと思われる。かくして、事後的な救済方法がきちんと用意されることによってはじめて、擬制送達が憲法上正当化されるといわなければならない。現行民事訴訟法においてその救済方法と見られるのが、一五九条による上訴の追完と四二〇条一項三号による再審である。ここでは、従来のような手続上重大な「瑕疵」ある場合のみ認められる再審という観念を改め、手続上は適法であっても実質上「手続関与の機会が全く与えられなかった場合」には代理権欠缺に準じて三号による再審を認めうるという理解へと、概念枠組みを変換する必要がある<sup>(13)</sup>。この変換を要請するのが既述の憲法的視点なのである。

事後的な救済の場面では、実質的手続保障を追究すべきである。個別的なケースにより、訴訟の開始を知っていたとか名宛人の責めに帰すべき事由により送達書類を受け取らなかったという場合には、救済を拒否してよい。これに對して、名宛人の責めに帰すべき事由が何ら認められない場合には、事後的に救済を与えることが必要になる<sup>(14)</sup>。現行法の解釈論においてそのような実質的調整を可能とするのが、一五九条一項の「責ニ帰スヘカラサル事由」と四二〇条一項但書の「知りテ主張セザリシトキ」であり、いずれも名宛人の具体的な帰責事由の有無により救済の可否を決しうる仕組みとなっているのである。

## 注

- (8) そもそも古代ローマでは両当事者が出頭してのみ訴訟が開始された。呼出により、被告不出頭のまま敗訴判決を下せるようになったのは、ローマ帝政時代からであるという。中村武「缺席手続」『民事訴訟法講座二巻』三六六頁(昭二九)参照。
- (9) 付郵便送達を含め、通信手段の著しい発展を背景とする送達制度全般の改正可能性につき、奈良次郎「送達制度の改正について」ジュリスト一〇二八号一一六頁(平五)参照。
- (10) 公示送達につきこの観点を指摘したのは、三谷忠之「再審の論点をめぐる最近の問題点」『新・実務民事訴訟講座3』(日本評論社、昭五六)三二二頁(三谷『民事再審の法理』(法律文化社、昭六三)に所収)である。筆者は、三谷教授の「公示送達は、単に以後の手続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」との指摘に示唆を受け、付郵便送達・補充送達も含めた擬制送達にかかる手続保障の二重構造論の着想を得たものである。三谷教授も、後に「判批」判時一四五二号二〇八頁(平五)において、訴状の送達が公示送達・補充送達・付郵便送達で有効になされた場合にも再審を肯定しうる旨を明らかにしている。
- (11) 森勇「訴状の送達の無効と再審事由」ジュリスト平成四年度重判解説一五一頁(平五)も、公示送達と補充送達を念頭に置き、これらの「送達制度は、いわば関与の機会の保障と権利保護の機会確保の妥協の産物であり、つきつめれば、有効な送達があれば、さしあたっては事後の手続を適法に進められるということに過ぎない」と指摘し、「送達の有効性と関与の機会の保障は多くの場合一致しようが、常に表裏一体をなすものではない。したがって、必要とされる関与の機会が果たして保障されていたかどうかは、送達の効力とは切り離して評価しなくてはならない事柄である」との観点を提示する。送達の有効性と手続保障の実質的評価を切り離し、手続保障の事後的補填を認めようとする発想は、本稿の二重構造論に繋がる。
- (12) 長島良成「郵便に付する送達・公示送達の問題点と合理的要件」伊東乾教授古稀記念『民事訴訟の理論と実践』(平三)二六三頁以下は、付郵便送達と公示送達制度の必要性和合理性について立法論も含めて論じ、その要件規制につき実務的観点から多様な考慮要素を列挙する。参考にすべき点が少ないが、送達の要件規制だけで考えるのではなく、事後的な手続保障の補償という観点を取り込んだ二重基準を用いると、送達と救済の各要件ごとに考慮要素がだいたい整理されるのではなからうか。
- (13) 小山昇「民事訴訟法四二〇条一項三号の系譜」小山昇著作集第十巻『判決の瑕疵の研究』(平六)一九七頁以下は、三号再審の射程を明らかにするため、日本法、ドイツ民法典、普通法、ユスチニアヌス法典、カノン法、ザクセンシュピーゲルにまで遡



り、判決の効力否定の歴史を辿る壮大な研究である。同「不実の申立てに基づく公示送達を受けた者の救済について」同書三三五頁以下は、広範な比較法研究の結論として、悪意ある公示送達の場合につき四二〇条一項三号の類推適用を認める。送達の有効すなわち手続の適法を前提としながら再審を認めうることの強力な論証として、ここに援用したい。なお、最判平成四年九月一〇を契機として三号再審の適用範囲が大きく拡大し、送達擬制の場合に再審を認める可能性が高まっているとの評価につき、第三章(注10)参照。

(14) 公示送達の場合に、申立人の悪意または過失を救済の要件とする見解が少なくないが、その立証を求めるのは名宛人にとって過大な負担となりうる。名宛人に帰責事由のないかぎり救済を認めるのが、憲法上の裁判を受ける権利の保障からの帰結である。

#### 4 欠席判決における再審と上訴追完の優劣——再審の優先性——

ところで、擬制送達に起因する欠席判決からの救済方法として、再審と上訴追完がありうるとしても、両者は併存していずれを選択してもよいのか、それともいずれか一方が優先する関係にあるのか。解釈論としては、民訴法四二〇条一項但書の「上訴」に上訴の追完も含まれるか、つまり、上訴追完に対する再審の補充性が存するか否かにかかわる<sup>(16)</sup>。この点について、少なくとも擬制送達による訴訟と判決の不知の場合には、四二〇条一項三号の再審と一五九条の上訴追完が併存し、再審の補充性は存しないと考える<sup>(17)</sup>。さもないと、判決の存在を知ってから一週間内に上訴を追完しないと本来期間制限のない再審の訴え(四二五条)まで遮断されることになってしまい、判決確定後の非常救済制度の存在がかえって救済を狭める結果となってしまうからである。

この点に関して、前掲最判平成四年九月一〇日(訴状送達に瑕疵あり、判決送達が擬制送達によつたため当事者に到達せず、判決確定から九年後にはじめて判決の存在を知ったという事案)が有益な視点を提供する。右最判は、前述のように、訴状送達の瑕疵を理由に四二〇条一項三号の再審事由を認めただ点で評価されるが、さらに、判決の擬制送達にか

かわる再審の補充性についても（原審が、判決の補充送達が有効である以上その送達時に再審事由を知ったものとみられるとして、補充性により再審の訴えを却下したのに対して）「民訴法四二〇条一項ただし書は、再審事由を知って上訴をしなかった場合には再審の訴えを提起することが許されない旨規定するが、再審事由を現実<sup>に</sup>に了知することができなかつた場合は同項ただし書に当たらないものと解すべきである」（傍線筆者）と判示する。これは、「知らぬ間の敗訴判決」からの再審による救済を、現実の了知すなわち現実の主張可能性から捉えていこうとする姿勢と受け止めることができる<sup>(18)</sup>。右判示には、当然、上訴期間経過後に再審事由を知って上訴の追完をしなくとも再審を認めるといふ趣旨が含まれている。換言すれば、四二〇条一項但書は、上訴期間内に三号の再審事由を現実<sup>に</sup>に了知できなかった場合には適用されないものと解されるのである。

再審と上訴追完の両者が選択可能とした場合、それでは救済方法としてはどちらが機能的に優れているであろうか。この点を判定する前提として、まず、追完制度の沿革を概観し、その機能の変遷を確認しておきたい。

母法ドイツ民訴法（一八七七年CPO）では、訴訟行為の追完にあたる制度として「原状回復の申立て」（Wieder-  
einsetzung in den vorigen Stand）という制度があり、「天災その他避くべからざる事変により」（durch Naturereignisse  
oder andere unabwendbare Zufälle）不変期間を遵守できなかった場合には、この申立てにより期間徒過による失権を  
免れ、適時になさなかつた訴訟行為の追完ができるものとされていた（CPO二二一条一項）。これによって、通常の  
対席判決に対する上訴の追完が認められていたのである。他方、欠席判決（Versäumnisurteil）に対しては「故障」  
（Einspruch）という簡易な不服申立制度が置かれ、欠席者が判決裁判所に故障申立てをすると判決前の状態に復し、  
当該審級での審理が再開される仕組みとなっていた。そして、当事者が「過失によらず欠席判決の送達を知らなかつ  
た場合」（wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteil ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat）にも原状

回復の申立てが許されるものとされ、故障の追完が認められていた（CPO二二一条二項）。その立法理由によれば、訴状や判決の送達が公示送達や補充送達のように必ずしも現実に到達しない方法でなされた場合、当事者の知らないうちに欠席判決が下され確定しているということがあるから、その救済を図るとの趣旨が込められていたのである。<sup>(19)</sup>わが国の旧民訴法（一八九〇年）でも、原状回復制度と欠席判決制度が採用され、対席判決に対する上訴の追完と欠席判決に対する故障の追完の二本立てとなっていた。そこで、旧一七四条に次のような規定が置かれていたのである。

〔二項〕 天災其他避ク可カラサル事変ノ為ニ不変期間ヲ遵守スルコトヲ得サル原告若クハ被告ニハ申立ニヨリ原状回復ヲ許ス

〔二項〕 原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ欠席判決ノ送達ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ亦之ニ原状回復ヲ許ス

したがって、母法ドイツ民訴法およびわが旧民訴法では、送達の擬制により当事者が知らないうちに期日を懈怠した場合および期間を懈怠した場合につき、特別の考慮が払われていたということができ、すなわち、まず訴状の送達が擬制により本人に届かず、被告が知らないまま欠席判決が下された場合、欠席判決の送達が本人に届けば、被告は直ちに故障を申し立てて、当該受訴裁判所での審理の再開を求めることができる。ここでは欠席判決が下される前の状態に戻り、被告も加わった形での実質的な審理が初めて開始される。それでは訴状の送達も届かず、欠席判決の送達も擬制により本人に届かなかった場合はどうなるかという点、欠席判決は一応確定するが、被告が（たとえば差押えを受けて）その判決を知った時に現状回復の申立てをすれば、故障の追完ができる。つまり、ここでも欠席判決が下される前の状態に戻り、元の裁判所での審理の再開がなされるという仕組みになっているのである。それゆえ、

対席判決に対する上訴の追完の場合には「天災その他避くべからざる事変」という例示をもって現状回復事由を限定するのに対して、欠席判決に対する故障期間の追完についてはそのような限定を付さず、「過失なくして送達を知らなかった場合」と意識的に緩やかに規定していたのである。立法者は、送達擬制の場合における名宛人の救済を明確に意識し、故障の追完という簡易な方法により第一審の審理再開を許していたのである。これは、判決前の弁論の再開との対比で言えば、判決後の弁論の再開をも許容していたということが<sup>(20)</sup>できる。そこには、第一審での実質審理がなされていないことと、被告に弁論の機会が欠落していたことに対する、的確な配慮があったに違いない。

ところがわが国では、大正一五年（一九二六年）改正法により、故障の濫用による訴訟遅延が著しいとの理由から欠席判決・故障制度が廃止されたため、判決に対する不服申立てとしては上訴だけとなった。同時に、追完期間も二週間から一週間に短縮され（一年の除斥期間は廃止）、要件も「当事者カ其ノ責ニ帰スヘカラサル事由ニ因リ不変期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ場合」に一本化され、原状回復の「申立て」という制度も廃して、要件があれば直接に懈怠した訴訟行為の追完を認めるものとした（現行二五九条）。これによって、送達擬制によって生ずる当事者不知の間欠の欠席と擬制自白に基づく敗訴判決という事態に対して、原審級での審理再開を求める手段が消失してしまったのである。しかし、送達の擬制により帰責事由なく期日に欠席する場合には、故障および故障の追完制度が十分合理性を有していたものと思われる。これを全面的に廃止してしまったというのはあまりに浅はかであり、まさに訴訟遅延解消を強調するあまり湯水とともに赤子をも流してしまったと評しうるのでなからうか。<sup>(21)</sup>

ドイツでは、その後、一九七六年のいわゆる簡素化法により、わが国と同じように「当事者がその過失なくして不変期間……を遵守することができなかった場合」へと原状回復の要件が一本化されたが、対席判決に対する上訴の追完と欠席判決に対する故障の追完の二本立ては依然として維持されている。そして、送達の擬制による不知の間の確

定判決からの救済は、(公示送達の騙取の場合に、ZPO五八〇条四号「可罰行為による判決の取得」による再審の訴えを認める余地があるのは別として)もっぱら故障の追完に委ねるのが従来の一致した見解であった。<sup>(22)</sup>これに対して、最近の議論の動向として注目されるのは、送達の擬制により被告が過失なく(unverschuldet)訴訟係属を知らず欠席判決が確定していた場合に、再審の訴えを認めうるとする見解が登場している点である。これは次の事情による。すなわち、ドイツでは現状回復の申立てが判決確定から一年内に限られることから(現行ZPO二三四条三項)、それ以後に判決の存在を知った場合、もはや現状回復の申立ては許されないのである。しかし、法的審問請求権の保障の観点からは、これを放置するわけにはいかない。そこで、近時の有力説は再審の訴え(ZPO五七九条一項四号「代理権の欠缺——わが国の民法四二〇条一項三号に該当」の類推)による救済を認めようというのである。<sup>(23)</sup>

わが国の現行法の下でも、できるだけ第一審での審理の再開を求める救済方法を容認するのが妥当と思われる。大正一五年改正により、現状回復制度の有していた二つの機能、すなわち対席判決に対する上級審への「上訴追完機能」と欠席判決に対する原審の「審理再開機能」は、もはや制度上峻別されず、前者に吸収される形で上訴の追完として一本化されることとなった。それゆえ、送達の擬制に基づき被告欠席のまま判決が下され、判決も擬制送達によってなされた場合、上訴の追完によると、まず控訴審に移審したうえで、任意的差戻し(三八九条)によりようやく原審の審理再開に到達するという迂路を経なければならぬ。<sup>(23a)</sup>これは訴訟経済に反するだけでなく、控訴審の裁判所が遠隔地の場合管轄の負担も当事者に重くのしかかってくる。一審での実質審理の欠落と被告の帰責事由の不存在を前提にすると、この負担は受忍を強制できないであろう。そこで、右の改正法により、先の審理再開機能が上訴追完機能に吸収されたとみるのではなく、むしろ前者は追完制度から切り離されたとみるべきではなからうか。それでは、その機能はどこに託されたか。私は、これが再審制度の中に吸収されたと解する。すなわち、このような場合は

むしろ、実質的に手続関与の機会が全部欠落した場合とみて、四二〇条一項三号の再審事由の類推により再審を認めべきものと考えるのである〔再審優先論〕。追完期間が一週間に短縮されたこともその論拠となる。今まで訴訟の存在を知らなかった者が、判決の存在を知って一週間という短期間で適切な法的行動をとることは、期待可能性の限界を越えると考えられるからである。四二五条が三号再審につき提訴期間の制限をはずしているのは、この趣旨に出たものにはかならない。これを民事訴訟法の救済体系として眺めるなら、送達擬制に基づく欠席判決確定後の審理再開機能は、大正一五年の改正を契機に、第一次的には三号再審に託されたものと捉えるのである。

今日の（欠席による擬制自白を媒介とした）「いわゆる」欠席判決の場合にも、実質審理はなされておらず、原告にとっても裁判所にとってもさほど大きな労力と時間を費やしたわけではない。応訴の機会を与えられながらこれを利用しなかったという点に欠席判決の正当化根拠があろうが、送達の擬制により帰責事由なく訴訟の係属を知らなかったときは自己責任を問えないはずである。送達の擬制と自白の擬制という「二重の擬制」は、知らないうちに手続を進めておきながら「黙っている以上それを認めたものと見做す」という乱暴な切り捨て御免の論理にはかならない。法はそのような不正義を黙認・放置するものであるか。こう考えてくると、欠席判決の既判力の安定性は、元来、相当脆いものでありうることに承認されるのではなからうか。<sup>(24)</sup>

## 注

(15) 公示送達の場合につき、上訴の追完が認められているから再審を認める必要はないとする論法がしばしば使われる。たとえば、最判昭和三六年五月二六日民集一五卷五号一四二五頁。

(16) ずばりこれが問題となり、救済方法の選択を誤ったとして、再審の補充性を理由に再審の訴えを却下した判決として、札幌簡判

平成二年一月二五日(中山「消費者法判例紹介」NBL四五四号四三頁)およびその上告審・札幌高判平成三年九月一八日(同「消費者法判例紹介」NBL五一八号四〇頁、特別上告に対する最判平成四年三月一七日につき同四四頁)がある。この事案では、別に損害賠償請求訴訟も提起され、そこでも同様な判断がなされた、東京地判平成三年五月二二日判時一四〇〇号八四頁・判夕七六七号二四九頁・金判八八八号二八頁・金法一三〇九号六九頁。この東京地裁判決を激しく批判したのが、中山・前掲「送達と裁判(上・下)」NBL五〇三号三八頁以下・五〇五号二五頁以下である。特に、上訴追完と再審の補充性の問題につき、同NBL五〇五号三一頁以下参照。なお、匿名K「ある欠席判決をめぐって」金法一二九四号三九頁は、「かなり早い段階から弁護士が選任されていたにもかかわらず原告が控訴の追完によらず、何故あえて損害賠償請求の形態をとったのか」と弁護士活動のあり方を批判し、右地判と同様に「民事訴訟手続に対する無理解」との非難を担当弁護士に浴びせるが、追完の手段をとりえなかった事情(期日指定の申立てに対する却下決定が下されたときにはすでに追完期間が過ぎていた)と再審の訴えを提起した事実を看過している。また、青山・前掲「演習」一二二頁(三)も、付郵便送達の事案であることを看過し、その要件たる就業場所送達の不能という論点を落としている。

(17) 同旨、東京高判平成五年三月三日判時一四五六号一〇七頁(前注東京地判の控訴審判決、実質上の逆転判決である)。なお、この判決に対する筆者の評価につき、中山「消費者法判例紹介」NBL五一八号四四頁、同「付郵便送達の濫用と不法行為責任」消費者法ニュース一六号三六頁、同「訴状・支払命令の付郵便送達と事業者の注意義務」消費者取引判例百選二〇〇頁参照。三谷忠之「本件判批」判時一四七〇号二〇〇頁(判評四一八号三八頁)も同旨。

(18) このような理解を押し進めれば、訴状送達が「瑕疵」ある場合に限らず、「擬制」によって手続が「適法」に推移した場合にも、再審による救済を認める方向に議論が発展する可能性があるであろう。これを期待して、本件最判を直ちに(言渡しを知ってから三日後に脱稿)紹介するとともに「今後に残された課題」としてメッセージを送ったのが、中山・前掲「送達と再審」NBL五〇六号一九頁の「おわりに」である。その後、森・前掲「本件判批」一五〇頁、三谷・前掲「本件判批」二〇六頁が、まさにこの方向で議論を展開する。高橋・前掲「本件判批」一五一頁も、「すでに送達擬制の相対化に半歩踏み出した以上、その送達擬制自体によって『前訴に關与する機会を与えられなかった』者の救済にも踏み込んでよいのではないか」と述べ、この方向を指示する。

(19) ほかに、送達代理人への送達や付郵便送達によっても同様の問題が生じうるということが意識されていた。vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozessordnung, Abteilung 1, (1881)

Neudruck 1983, S. 246f. なお、この原状回復制度はドイツ普通法上の (Restitution) とフランス法上の (Opposition) の二つの流れを汲むものであるという。その沿革については、同書二四一頁以下参照。

(20) 前掲(注16)札幌簡判平成二年一月二五日の事案では、判決を知ってまず期日指定の申立てをしたところ、すでに判決を言い渡した以上「羈束力」が生ずるとして却下されたが、この申立ては「判決後の弁論再開」の申立てにあたるものであり、(現行法上規定は存しないが)法理論として全く根も葉もない申立てではない、ということになろう。送達擬制に基づく欠席判決の場合、判決の「重さ」は相当軽いものであるから、審理再開の要請に比べて判決の法的安定の要請が決定的に凌駕するとは思われない。判決前の弁論再開事由と判決後の弁論再開たる追完事由との同質性・連続性につき、本稿第三章(注3)も参照。

(21) 昭和二三年の改正法により公示送達については擬制自白が排除された(一四〇条三項但書)が、これによって名宛人の保護が果たされるとは到底思われない。

(22) この時期までの判例・学説の状況については、小山・前掲書三六四頁以下、四三三頁以下が詳しい。特によく引用される一九五六年一〇月八日のフランクフルト高裁決定(OLG Frankfurt, FamRZ 1956, 385 und NJW 1957, 703)は、公示送達の要件が存しなかったとしても、裁判長の許可がある以上その判断は再審査に服さないことを理由に、ZPO五七九条一項四号の類推適用は認められないとする。学説もこれを支持する。Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht 13. Aufl., 1981, § 161 I 1b(S. 976)も同旨。

(23) 判例として、一九七九年三月九日のハム高裁判決(OLG Hamm, MDR 1979, 766 und FamRZ 1981, 205)がある。これは、認知請求と扶養料請求事件であるが、被告の義父が勝手に住民登録の抹消手続をしていたため訴状と判決(ZPO六一二条四項により、本件は本来の「欠席判決」ではない)が公示送達され、二年後に判決を知って再審の訴えを提起したという事案である。判決は、被告が過失なく(unverschuldet)訴訟係属を知らなかったときは、ZPO五七九条一項四号の類推により再審の訴えが認められるとする。そこでは、テューリッヒの憲法のコンメンタール(Maunz/Dürig, Grundgesetz §103, Rdz. 47)を引用して「法的審問請求権がこの類推を正当化する」と判示する。これを積極的に支持する学説として、Braun, Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozess, NJW 1981, 425; Rosenberg/Schwab, ZPR. 14. Aufl., 1986, § 161 I 1b(S. 1025); Wolfram Waldner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, S. 17などがある。しかし注目されるのは、従来ZPO五七九条一項四号の類推を明確に否定していたドイツの代表的ルールブックであるRosenberg/Schwabが改説している点である。シュヴァープは、その改説の理由として、「確かにこの見解は公示送達許可決定の法的再審査につながるが、そうでないと法的審問の侵害



を理由に憲法異議 (Verfassungsbeschwerde) がなされてしまつてであろう」と述べている (その背景には、憲法異議の激増による連邦憲法裁判所の負担過重という状況があり、可及的に通常裁判所の枠内で救済を図ろうとの配慮がある。この点について、本間靖規・前掲論文二五一頁以下参照)。一三版 (一九八一年) から一四版 (一九八六年) に移行する間の、民事訴訟における審問請求権概念の浸透と発展のようすがうかがえる。なお、一四版一〇二五頁欄外の注記には、Waldner, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, 1983, S. 54f. が引用されているが、同書はヴァルトナーの右掲書の基となった博士論文であり、シュヴァープがその Doktorvater であるから、改説は審問請求権に関する両者の共同研究が反映されたものと推測する。その後、レールブッフの改訂を引き継いだゴットヴァルトもこれを支持する。Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR. 15 Aufl., 1993, S. 965.

(23 a) 奈良次郎「弁論の再開をめぐる若干の問題について」中野古稀記念『判例民事訴訟法の理論(上)』(平七) 四四七頁は、欠席判決に対する控訴審が実質的には事実審一回かぎりとなる点から来る原・被告の利害状況を具体的に分析し、一審における不当な被告欠席を考えると原則差戻しは妥当性を欠くと指摘する。逆に言うと、「正当な」欠席の場合は差戻すべきことにならう。

(24) 現在進行中の民事訴訟法改正作業においては、督促手続での裁判につき既判力を否定する案が有力のようである。実質審理がなされていない点が主たる理由とされているようであるが、もしそうであるとすれば、欠席判決の既判力の存在根拠にも疑念を投げかけざるを得ないであろう。前述のように、現在の実務における欠席判決の場合も、手続の実態 (たった二回の送達のみ) 被告の審尋なし) と実質審理の稀薄さ (擬制自白による処理 || 証拠調べなし) はほとんど変わりが無いと思われるからである。因みに、ドイツの督促手続における既判力否定論は、コンピュータ処理の導入と有理性審査の省略を重大な論拠とする。詳細は別稿に譲る。

## 五 おわりに

結論を確認しておこう。被告に送達書類が一切届かず、知らぬ間に判決が下され確定していたという場合、裁判を受ける権利を保障する要請から、敗訴被告に事後的救済が認められなければならない。その訴訟法的構成として、次

の二つを提案する。訴状以下の送達に瑕疵ある場合は、訴訟係属ないまま下された判決として判決無効と解する。送達の擬制による場合は、民訴法四二〇条一項三号を類推して再審による第一審の審理再開を認めるべきである。<sup>(1)</sup>

筆者はかつて、訴状送達の瑕疵と判決送達の擬制により被告が何も知らない間に判決が確定していたという事案で、再審を拒絶した簡裁判決を紹介して、「訴訟の係属も知らず、そのうえ……現実に判決正本を受領できなかったで、再審を拒絶した簡裁判決を知っていたと見なすことは非現実的であり、Xにとってあまりに酷なように思われる」Xが、判決送達時に再審事由を知っていたと見なすことは非現実的であり、Xにとってあまりに酷なように思われる」と素朴な法感情を吐露したところ、<sup>(2)</sup>井上判事補より「理論的に見れば、本判決の結果がYに酷に過ぎる（中山……はこう述べる）とは言えない」とのご批判をいただいた。<sup>(3)</sup>雑誌片隅でのささやかな問題提起を掬い上げていただけたことに感謝しながらも、「原告がなすべきことは尽くしたと考えられる場合は被告の失権も止むなし」との非情な論理にどうしても納得がいかなかった。これでは、本稿冒頭に設定した「およそ被告に手続関与の機会を全く与えず、原告の側で一定の手続きを踏めば判決を下せるものとし、後は既判力により一切文句を言わせない」という架空の訴訟制度に限りなく接近する論理ではないか。訴訟は原告の権利実現に国家のお墨付きを与える（債務名義とは権利の具体的実現の手續たる強制執行への国家のお墨付きに外ならない）ためだけにあるのではない。被告に防御の機会を保障することも重要な目標でなければならない。

「擬制」という技術は、法学特有の、素人には分かりにくいテクニクである。法律家のための一種の割切りのルールといえようか。擬制はもともと現実との不一致を予定する。それゆえ、擬制の積み重ねは、時として現実離れた帰結をもたらす。しかし、擬制の許容範囲にも自ずから限界がある。現実との乖離が余りに甚だしいときは、その隙間を埋める装置が作動しなければならない。

反対説を組み合わせて、民事訴訟法における美しい「擬制」の作品を構成してみよう。法律の定める送達要件に照

らして、原告としてなすべきことを尽くせば、被告に送達書類が到達しなくても送達の効力が完全に生じる（擬制送達）。訴状の送達擬制により、被告は訴訟提起を知らされ応訴の機会を与えられたことになる。期日呼出状の送達擬制により、期日を知らされ準備書面の提出を督促されたものと見做される。それにもかかわらず答弁書も提出せず期日にも欠席するから、応訴の意思もなく、相手方の主張を認めたものと見做される。知っていながら争わないのだから、自白したものと扱われるのである（擬制自白。常人の世界では、必ずしもこれは妥当しない。そもそも沈黙と欠席と肯認と受忍は決して同じではない）。請求原因事実すべてが自白されたとなれば、証拠調べも要せず、請求認容の判決に熟することになる（弁論主義）。被告が自分の意思で自己の法的地位を処分するは自由だからであり、裁判所は当事者のこの自覚的な処分に嘴を入れてはならないとされているからである。あるいは、被告が争わない以上、真実の蓋然性が高いからである。送達に瑕疵があったときは、本来はこれらの擬制が機能しないし、訴訟係属も成立しないはずである。しかし、これに気づかず欠席のまま認容判決が下されれば、主文の判断の前提として、訴訟係属が有効であるとの法的判断が当然に含まれているから、控訴によって不服を申し立てないかぎり、この判断を含めて判決を受認したものと見られる（処分権主義）。判決の送達がなされた以上、それが擬制送達であっても、被告が判決内容を知ったうえで不服がないものと見做されるのである。この擬制送達から二週間経てば、どんな判決でも確定する。実質審理がなされたかどうかは問わない。確定判決の既判力により、その基準時たる第一回期日までに客観的に存在していた防御方法はすべて失権する。その時まで存在していた事実および証拠は、期日に提出できたはずであり、提出してこなかった以上、怠慢というべきであり自己責任に帰するからである（提出可能性の擬制。最近の時的限界論はこれを疑問視し始めた）。判決が確定すればその法的安定性が最大限尊重されなければならないから、法律に例外として定める厳格な再審事由がないかぎり、蒸し返しは許さない。送達の擬制により訴訟の存在を一切知らず、防御する

機会が全くなかったとしても、それは擬制送達を定めた法律の予定するところであるから、手続上瑕疵とはいえず、瑕疵がなければ再審はありえない。訴状送達の瑕疵が再審事由に当たるとしても、判決の送達が擬制されたときは、その送達の時に再審事由を知ったものと見做されるから、それから二週間以内に控訴を提起しなかった以上、四二〇条一項但書により遮断される（再審事由認識の擬制）。その後になつてたまたま判決を知ったとしても、一週間以内に控訴の追完を申し立てないと、やはり同但書により再審訴権を喪失する。容易に控訴追完ができたはずなのに、これを怠つたと見られるからである（再審の補充性）。かくして、被告の預かり知らぬところで、被告の自己責任を理由とする、権利剥奪・義務賦課の基礎が形成されることになる。この観念的権利形成に基づき、強制執行という国家による具体的権利実現の機構も作動しうる。ここに「無から有が生じる」現代の錬金術が成立する余地が生じる。

本稿は、このように高度な法技術の傑作を突き崩すべく、いわれなき執行に怒りする者の顔を想像しつつ、従来の民訴法学上の道具概念を用いて、反論を展開したつもりである。果たしてどこまで論証できたであろうか。技術の暴走に歯止めをかけるのは常人の感覚である。冒頭（注2）の言葉を繰り返そう。民訴法は高度に技術の法であるが、民訴法学者は単なる技術屋ではない。あつてはならない。

最後に、今後の課題を一つ付け加えて結びに代えよう。近時、送達制度の悪用による判決の不当取得の規律に関心が注がれている。現在進行中の平成民訴改正作業の中でも、原告が被告の住所を知っていたにもかかわらず所在不明として訴え提起した場合や、送達場所を偽って訴えを提起した場合を、有罪判決等を必要としない独立した再審事由としてはどうかとの案が検討されている。これを契機に、送達をめぐる書記官・裁判長の権限と（被告の住所、就業場所、在宅状況等<sup>(5)</sup>についての）原告の調査報告義務が析出され、送達にかかる裁判所と原告の責任分担が明らかにされる必要がある<sup>(5)</sup>。

## 注

- (1) フランス民法一五条および一七条によれば、対審の原則から、送達に関する違反があれば判決の無効となり、欠席判決等により当事者の対審を経ないで判決が下された場合には事後的な対審すなわち不服申立権が保障されているという。極めて明快な論理である。安見ゆかり「フランスにおける第三者への判決効拡張についての一考察」龍谷法学二七卷三九七頁(平六)参照。
- (2) 中山・前掲「消費者法判例紹介」NBL四五四号四五頁(平二)。
- (3) 井上・前掲論文判タ七九七号一五頁(平四)。
- (4) 本稿でも随所に引用したが、NBL誌の「消費者法判例紹介」のコーナーは判例集に登載されないような下級審の裁判例をも発掘して、限られたスペースの中で「事実」の重みによる問題提起を発信するものである。外国法の紹介と異なり、このような手法をそれ自体「研究」として評価する者はまだ少ない。次注・新堂論文は、いちいち名前を挙げて右コーナーの裁判例を引用する数少ないケースの一つである。確実に受信しただけの喜びは大きい。
- (5) 新堂幸司「郵便に付する送達について——手続保障に関する一つのケース・スタディー——」鈴木祿弥先生古稀記念『民事法学の新展開』(平五)五三六頁は、「いかに送達を有効に達成するか、送達に関する攻撃に対していかに防御するかは、基本的には、原告なり手続遂行者の責任の問題である」との見解を打ち出している。住吉博「判批」平成五年度重要判例解説ジュリスト一〇二四号一四二頁も、補充送達に関連して同様の方向を示唆する。
- 中山・前掲「訴状・支払命令の付郵便送達と事業者の注意義務」二二頁は、付郵便送達に関し、職権送達主義を建前とする現行法上「送達実施の権限と責任が最終的には書記官に帰属するとしても、手続の開始を求めた原告は、手続の進行に利益を有する者として、送達場所の調査等につき手続上の協力義務を負う」との視点を提示した。その後の検討により、書記官の審査義務はタテの手続保障として捉え、原告の調査義務については裁判所に対する手続協力義務という側面と被告に対するフェアプレイ義務という側面から捉えられるものと考えられる。同じことが、書記官を裁判長に置き換えれば、公示送達の場合にもあてはまる。この場合、書記官や裁判長に期待されるのはあくまでも二次的な後見的機能にすぎず、原告の調査義務こそが手続運営上第一次的なものとして位置づけられる。そのように見ると、送達場所の偽り、就業場所不明の虚偽の上申、住所不明の虚偽の申立ても連続的なものとして位置づけられる。

して捉えることができ、公示送達における「裁判長」の許可も相対的な意味しか持たない（この許可を書記官の権限としても何ら実態は変わらないではないか。付郵便送達における書記官の判定能力に対する信頼を想起せよ）。そして、原告のこの調査報告義務違反は被告に対する関係で直接に不法行為責任を基礎づけると考えられるのではなからうか。再審の訴えによって確定判決を取り消すことなく直接の損害賠償請求訴訟を認めることとなれば、それは結果的には判決無効を認めるのと同じに帰する。因みに、単発的な訴訟利用はともかく、リピートプレイヤーとして訴訟提起を業務の一環としている事業者については、注意義務の程度は高く要求することができよう。これにより、原則として適法行為とされる訴訟提起（最判昭和六三年一月二六日民集四二巻一号一頁）も、かかる事業者については、故意の場合だけでなく重過失の場合にも責任を認めうる（前掲・東京高判平成五年三月三日参照）。今後の議論を待ちたい。

〔追記〕 校正段階で改正民事訴訟法案に接した。同法案では送達制度の悪用を独立の再審事由とする案（本稿第五章本文末尾参照）は条文化されず、督促手続における既判力否定案（本稿第四章（注24）参照）は民事執行法三五条の改正として採用された。送達をめぐる手続保障の調整問題に関しては、現行法と法律状況に大きな変化はないようである。