

【論 説】

公示送達と判決効

中 山 幸 二

目 次

- 一 はじめに
- 二 送達の機能と送達の擬制
- 三 送達の瑕疵・擬制と名宛人の救済方法をめぐる従来の議論
- 四 近時の判例に現れた新たな展開
- 五 公示送達に基づく判決と名宛人の救済方法：提言
- 六 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、憲法上許されなものであろう。それはまた、憲法31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32条）の侵害としても憲法違反の誹りを免れない⁽¹⁾。ところが、公示送達という制度では、法律の運用と解釈次第で——しかも、従来の解釈論の趨勢によれば——上記のような危険な事態が現実⁽¹⁾に生じうる。とくに名宛人たる被告不在のまま、訴訟が開始し、審理が行われ、判決が確定する。その結果、実体権を争おうとしても、既判力という魔物が覆いかぶさり、この判決

(1) 納谷廣美「当事者確定の理論と実務」『新・実務民事訴訟講座1』（1981年）256頁は、氏名冒用訴訟との関係で、「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31、32参照）に照らして、制度上許されるものではない」と論じ、早い時期から手続関与の機会剥奪と判決効に係る憲法的視点を提示していた。

効に拘束されることにもなる。

送達は、双方審尋主義を支え弁論権と攻撃防御の機会を確保する前提であり、手続保障の中核をなす。とくに訴訟の開始文書たる訴状の送達は、被告に防御目標を提示し、その防御権を保障する最初の契機となる。また、判決内容を確実に告知すべき判決正本の送達は、判決に対する不服申立ての機会を与えるとともに、上訴期間の徒過により既判力の発生をもたらす。

それゆえ、訴状送達に瑕疵があり、名宛人たる被告に到達しない場合、被告は防御の機会を与えられることなく、欠席のまま敗訴判決を受けるおそれがある。その判決の送達にも瑕疵があり被告に到達しないときは、被告が知らない間に判決が確定し、形式上は既判力や執行力を生じる現象となる。同じ状況が、送達の擬制により——ここでは、名宛人に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——訴状と判決が名宛人に到達しない場合にも生じうる。双方審尋主義と対審原理を骨格とする民事訴訟法としては、手続保障の観点から蔑ろにできない。この場合に、名宛人の救済方法としてどのような手段が考えられるか。とくに、送達の擬制により、名宛人に到達しないが送達としては有効であり、手続上は適法に進行し判決が確定した場合に、再審の訴えを提起しうるか、実質的な手続保障を確保できるかが問題となる。

筆者はこのような問題を取り上げ、手続保障のあり方を問うため、1994年に「送達の瑕疵・擬制と手続保障」と題して日本民事訴訟法学会で学会報告を行った⁽²⁾。当初は、民事訴訟の周縁部に位置する些末な問題との受け止め方も少なくなかったが、かかる視点に基づく問題提起は、その後、学会に共有され、さらに裁判例にも大きな展開が見られた。とくに、補充送達による訴状の送達擬制の場合に再審を認めた最高裁平成19年3月20日の決定は、従来の判例の枠組みを破り、実質的に手続関与の機会が与えられなかった被告に、送達の瑕疵がない場合でも再審の道を切り拓いたもので、手続保障重視の方向へと大きく舵を切る画期をなす。結論としては、筆者の予言したとおりの展開となった。ただし、この論理が送達擬制の典型たる公示送達にも及ぶかを巡っては、学説の評価が分断している。最近では、公示

(2) その要旨は、中山幸二「送達の擬制と手続保障の二重構造」民事訴訟雑誌41号225頁(1995年)、さらに、同「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」神奈川法学31巻1号83頁(1996年)に敷衍した。

送達の判断主体が裁判官から裁判所書記官に変わったことを理由に、従来と法的基礎が異なるとして、新たな論理で再審を認める下級審判例も出現している。本稿は、かつて提唱した「手続保障の二重構造論」を現在の判例理論に当てはめ、その射程が公示送達の場面にも及ぶことを改めて論証するとともに、公示送達による訴状送達に瑕疵があるときは「判決無効論」が妥当しうることを提言する。

二 送達の機能と送達の擬制

1 送達の目的と態様

送達は、本来、当事者その他の訴訟関係人に対し、訴訟上重要な事項を確実に知らせ、かつその記録を明確にするための制度である。もっとも重要なのが、訴状の送達と判決の送達である（かつては期日呼出状や準備書面も送達を要したが、手続が重く遅延しがちなため、今日では他の告知方法も可とされ必須とはならなくなった）。我が民事訴訟法は、受送達者の住所での交付送達を原則とする（101条）。しかし、常に受送達者への直接交付を要求すると、手続が遅延することから、原則以外の種々の送達の方法を定めている。住所のほかには就業先での送達を行い（103条2項）、本人に代えて同居者や従業員などへの交付を認め（106条1項・2項）、本人が受領を拒むときは書類を差し置く（106条3項）。さらに、住所は判明しているが通常の送達ができない場合には書留郵便に付して発送することで足りるとし（107条）、住所不明者には公示送達を認める（110条）。

2 「送達の擬制」の意義

従来、「送達の擬制」という言葉は、主として公示送達について用いられてきた。現実にな宛人に到達することがほとんど予定されていない、逆に言うと、不到達を予定して設計されているという意味で、送達の本来の目的である名宛人への確実な告知とは正反対にありながら、なお告知したものと「看做して」手続を進行させるからである。しかし、程度の差はあれ、付郵便送達や補充送達によっても名宛人に到達しないことがあり、制度上もそれが予定されているという意味で、筆者は「送

達の擬制」と称する。最近では、このような語法も学界に浸透しつつある。

公示送達（民訴法 111 条）は、住所不明の者に対して受訴裁判所の掲示板に張り出すだけであるから、立法者が承認しているように、名宛人に到達しないことが 99% 予定されている。付郵便送達（同 107 条）は、郵便局での発送時に送達の効力が発生し、返送されても送達の効力には影響がないとされている。書留郵便であるから宛て所に不在であれば配達員は持ち帰り、配達局に留め置かれる。留置期間内に受け取りにこないときは裁判所に返送されるから、名宛人には到達しないにもかかわらず、送達の効力は生じたままとなる。補充送達（同 106 条）は、同居者や従業員などが受領した時点で送達の効力が生ずる。通常、同居人等に交付すれば近接した時間内に確実に名宛人に交付されるであろうことが高度の蓋然性をもって期待され、そのことが名宛人本人への送達と同視しうることの正当化根拠とされる。しかし、受領者が失念したり、意図的に隠してしまうこともありうるから、名宛人に到達するとは限らない。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、送達手続としては法律上有効と扱われるから、名宛人の知らないうちに手続が適法に進行し、欠席判決が下され、判決が確定するという事態が生じるのである。

3 問題の顕在化と、その社会的背景

筆者が送達擬制をめぐる手続保障の問題に着手したのは、付郵便送達の運用をめぐる実務からの問題提起と危機感がきっかけであった⁽³⁾。当時、消費者信用の発達に伴い、信販会社等から消費者を相手に債権回収の訴えや督促手続の申立てが多数提起され、その効率的処理のため、裁判所が付郵便送達の積極的活用の方針転換した⁽⁴⁾ことが背景にある⁽⁵⁾。実務から寄せられた未公表の裁判例を手掛かりに、

(3) 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 37 卷 1 号（1986 年）107 頁、今瞭美「債務者保護上から見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 353 号（1986 年）19 頁、東孝行「郵便に付する送達の諸問題」判タ 640 号（1986 年）36 頁。

(4) 最高裁判所事務総局編・信販関係事件に関する執務資料（1984 年）38 頁。従来、付郵便送達は運用に慎重を要するものとされ、ほとんど利用されていなかった（中野貞一郎＝松浦薫＝鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補訂版・1984 年〕58 頁（中野執筆））。それが、最高裁の示した「送達の運用基準」により、信販関係事件について積極的活用が促された。

(5) 家族構造と労働スタイルの変化も背景にある。核家族化と共働きの増加により、昼間不在

付郵便送達の手続上の特殊構造と要件を検討し、手続保障の観点から疑問点を指摘し、大学の紀要に12件の事例報告をしたのが最初である⁽⁶⁾。その後も、下級審の未公表裁判例などを集め、NBL誌の「消費者法判例紹介」や「消費者法ニュース」の誌面を借りて、いくつかの事例を提示し⁽⁷⁾、議論の喚起を待った。NBL誌では付郵便送達の連載を組み⁽⁸⁾、債権回収の実務でも関心が高まってきた。幸い、新堂幸司教授が「手続保障のケース・スタディ」として付郵便送達を取り上げ⁽⁹⁾、筆者の小さな事例紹介をも検討の俎上にのせてくれたことから、送達の手続保障機能と付郵便送達における危殆の認識が一気に広まり学界の共有するところとなった。

問題となった事例には、同居する配偶者が他方の名前を冒用して契約を締結し、その代金等の請求のため訴訟や督促手続の申立てをしたため、訴状や支払命令（現行法の支払督促）の送達を同居人として受領した冒用者が事実の発覚を恐れてこれを隠匿してしまったというケースが複数含まれていた。補充送達による送達擬制にかかわる問題である。被告・債務者としては身に覚えのない債務であることから、自分の知らない間に債務者とされ、知らない間に訴訟が提起され、知らない間に判決が確定し、いきなり強制執行（差押え）がなされる、という事態が生じる。このことは、少額の消費者信用にかぎらず、補充送達にかかる普遍的かつ構造的な問題である⁽¹⁰⁾。後掲の最判平成19年の事案もその例である（1,000万円のビジ

家庭が多くなり、通常の送達が功を奏しないことが増えた。これが不郵便送達の増加にもつながった。高橋宏志「昼間不在者に対する送達」演習民事訴訟法2（1985年）123頁、シンポジウム「消費者信用と裁判制度」民事訴訟雑誌33号（1987年）102頁参照。

(6) 中山幸二「郵便に付する送達制度の問題点」神奈川法学22巻3号（1987）43頁。

(7) 札幌簡判平成2年1月25日NBL454号43頁、大坂地決平成2年3月19日NBL502号55頁、札幌高判平成3年9月18日NBL518号40頁、東京高判平成5年6月12日NBL518号40頁、最判平成4年3月17日NBL503号38頁、最判平成4年9月10日NBL506号14頁。東京高判平成5年3月3日消費者法ニュース16号37頁。未公表の下級審裁判例を拾う点が方法論としての特徴である。

(8) 特集「付郵便送達を考える①②③」（1992年）：①雨宮眞也「付郵便送達制度の問題点」NBL502号30頁、②中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利（上）」NBL503号38頁、③中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利（下）」NBL505号25頁。

(9) 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」鈴木祿弥先生古稀記念・民法学の新展開（1993）509頁。

(10) 現に、配偶者が氏名冒用して保証契約を締結し、訴訟書類を同居者として受領しながら、隠匿した再審事例などが過去にも報告されている。たとえば最判昭和47年4月28日判タ277号142頁は、所有権移転登記請求訴訟にかかる訴訟書類を、被告の名義を冒用して借金した妻が受領しながらこれを隠匿した事案である。

ネス資金の債権譲渡と保証債務にかかわる)。今日では、付郵便送達・補充送達・公示送達による送達擬制と再審の可否が、手続保障の真価を問う主要なテーマの一つになっている⁽¹¹⁾。

三 送達の瑕疵・擬制と名宛人の救済方法をめぐる従来の議論

送達の瑕疵・擬制により訴訟が開始し、被告欠席のまま判決が下された場合、被告にはどのような救済方法が与えられているか。ここで簡略に日本の議論状況を概観しておこう。

まず、各送達の要件を欠く場合には、送達が無効であるとして、送達の効力を否定する論理がありうる。いわゆる瑕疵ある送達の場合である。下級審裁判例の中には、未だ控訴期間が進行していないとして控訴を認めるもの、民訴法 97 条により控訴の追完を認めるもの、民訴法 338 条 1 項 3 号ないし 5 号により再審を認めるもの、民執法 35 条の請求異議を認めるもの、判決の騙取として損害賠償を認めるものなどがある⁽¹²⁾。しかし、長い間、最高裁レベルでは明確な救済方法が確立しておらず、とくに再審 (3 号) による救済に対しては極めて厳格な解釈論が展開され、送達の不知による敗訴判決の確定に対しては再審の余地がほとんど否定されていた。

公示送達に関するものとして、古く大判昭和 10 年 12 月 26 日民集 14 卷 34 号 2129 頁は、再審事由は特に制限的に列挙されたものであり、厳格に解釈すべきものであるとし、被告の住所を調べずに住所不明として公示送達を申し立てた場合でも「訴訟手続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ス」と判示し

(11) たとえば、山本弘「送達の瑕疵と民訴法 338 条 1 項 3 項に関する最近の最高裁判例の検討」青山善充先生古稀祝賀論文集・民事手続法学の新たな地平 (2009 年) 513 頁は、事実上利害が対立する者への補充送達と再審、不実の公示送達・付郵便送達と再審という見出しで、三種の擬制送達にかかる再審につき解釈上の問題点を詳細に検討している。現実的な問題設定と分析である。我妻学「再審と再審事由」実務民事訴訟講座〔第三期〕第六卷 (2013 年) 193 頁以下も、補充送達の瑕疵、不実の付郵便送達、不実の公示送達、という項目を独立の見出しに掲げて再審の補充性を検討している。多くの論者が送達の瑕疵を前提にするが、問題の本質は送達の擬制制度に存する。

(12) 詳しくは、中山・注 (2) の第 2 論文「民事訴訟における送達の瑕疵・擬制と手続保障」神奈川法学 31 卷 1 号 100 頁以下参照。

て3号の再審事由（代理権欠缺）を否定した。最判昭和57年5月27日判時1052号66頁も、住所を知らながら公示送達の申立てをした場合につき、同様に再審を否定している。この論理でいく限り、送達の瑕疵により訴訟を知らず欠席した場合は代理人による訴訟行為というものが考えられないから、およそ3号の再審可能性はないことになる。

次に、法律上送達の要件は満たしているが、実質的に被告に送達書類が到達せず判決が確定した場合、どのような救済方法が認められてきたか。この場合は、当事者の責めに帰することができない事由により不変期間を遵守できなかったものとして、控訴の追完を認めるのが通常である⁽¹³⁾。しかし、手続上の重大な瑕疵を前提とする再審については、送達の瑕疵がない以上これを認めることには抵抗が強かったように思われる。

とくに公示送達については、名宛人が訴訟係属も判決の存在も知らないことを当初から折込み済みであり、それが公示送達という制度であるから、控訴の追完も再審も許されない、とする見解が有力に主張されていた。この立場を鮮明に代表するものとして、たとえば梅本教授は、「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実質的に否定するに等しい」とする⁽¹⁴⁾。また、池田教授は、3号再審の可能性につき「口頭弁論に関与して攻撃防御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

(13) 公示送達との関係では多数の文献があるが、ここではとりあえず河野正憲「公示送達と控訴の追完」民事訴訟法判例百選[第三版]102頁（2003年）参照、付郵便送達との関係では前掲（注2）中山幸二「郵便に付する送達制度の問題点」神奈川法学22巻3号76頁（1987年）参照、補充送達との関係では池尻郁夫「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）』377頁（1995年）参照。

(14) 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33号34頁（1983年）（新堂編『特別講義民事訴訟法』（1988年）393頁所収）。

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と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」として、提出の機会剥奪を認めながら保護の必要性を認めない⁽¹⁵⁾。

これに対して、送達擬制の程度が著しい公示送達については、むしろ手続保障の観点から民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由を類推すべきであるとして、積極的に再審を認める見解も主張されている⁽¹⁶⁾。さらに、当事者間の公平の観点から、利益衡量を持ち込み一定の限定を付して（申立人が悪質の場合に）再審の余地を認めるものも少なくない⁽¹⁷⁾。

四 近時の判例に現れた新たな展開

上に概観したように、送達の擬制により自己の知らないうちに不利な確定判決が存在する場合、民訴法 338 条 1 項 3 号により再審の訴えが認められるのは、従来判例の状況の下では極めて厳しいものと見られていた。ところが、平成の時代に入り、不郵便送達と補充送達に関連して画期的と目される最高裁判例が現れた。さらに、令和になって公示送達がらみで再審を認める下級審判例も出始めた。

〔第 1 事例〕最判平成 4 年 3 月 17 日（NBL503 号 38 頁参照）

——付郵便送達と再審：特別上告するも空しく却下の事例——

事案は、信販会社 Y から給料を差し押さえる旨の通告を受けた釧路在住の X が、弁護士を通じて訴訟記録を閲覧したところ、1 年前の自分あての訴訟をはじめ

(15) 池田浩一・民事訴訟法判例百選〔初版〕（1965 年）179 頁。

(16) 三谷忠之「公示送達と再審」香川法学 8 巻 2 号 1 頁（1988 年）、同「判批」判時 1452 号 206 頁（判評 412 号 44 頁）。

(17) 申立て人が住所を知らず、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 3 号の再審を認めるものとして、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商法雑誌 93 巻臨時増刊号（1）243 頁（1988 年）、兼子一ほか『条解民事訴訟法』459 頁〔竹下守夫〕（1986 年）。悪意ある場合に限り、判決の騙取として 3 号の再審を認めるのは梅本・前出注（6）34 頁、5 号の再審を認めるのは兼子一『判例民事訴訟法』140 頁（1950 年）。

知ったとして、札幌簡易裁判所に審理再開を求めて申立てをしたところから始まる。

記録によれば、前の訴訟は二件あり、次のような手続経過であった。訴状の送達
が不在で不奏功。裁判所書記官からの被告就業場所の照会書に対して、Yが「勤務
先を調べたが、わからない」の項目に○をつけ、もう一つの事件についてはさらに
「本人は出張で四月二〇日帰ってきます」と付記して返送。裁判所書記官は、就業
先なしと判断して直ちに不郵便送達で訴状を発送（いずれも不在により裁判所に返
送された）。第一回期日、被告欠席のまま弁論終結。請求認容の判決正本は、被告
Xの妻が受領。

そこで、Xは、両事件につき期日指定の申立てを行うとともに、釧路簡裁への移
送を申し立てた。Xの主張によれば、右訴訟の訴状および第1回期日呼出状につい
てなされた郵便に付する送達は、民訴法172条（現行法107条に相当）の要件を
欠き無効であるから、改めて期日を指定し送達を実施すべきである、というもので
あった。

この申立てに対し、札幌簡裁は、「判決が存在する以上、当裁判所の審級における
訴訟は右終局判決によって終了したものというほかはなく、また当裁判所としても
右判決の言渡しをなした以上裁判所自らこれに拘束され、いわゆる羈束力によって
これを左右することは許されないことである。したがってX主張の本件訴訟にお
ける送達の適否について判断はできない」として、期日指定の申立てを却下した。

そこでXは、再審の訴えを提起し、右判決の取消しとYの請求を棄却する旨の
判決を求めた。その理由の要点は以下のとおり。①YはXの就業先を熟知してい
たにもかかわらず虚偽の回答をし、付郵便送達をなさしめたから、3号の再審事由
に該当する。②本件の契約はXの妻AがXの名義を冒用して締結したもので、A
は判決正本を受領しながら事実の発覚を恐れて故意にこれを隠匿した。AとXは
利害相反し対立関係にあるから、補充送達の送達受領権限はなく、代理権の欠缺と
して3号の再審事由がある。③本件では訴状の送達が適法になされておらず、訴訟
係属のないまま判決が下されたのであるから、判決は無効である。Xは判決の存在
を知り直ちに期日指定の申立てをしたが却下され、この時点ですでに上訴追完の期
間を経過していたので、やむなく確定判決の外観を除去するため再審訴訟を提起し
たものである。これが認められないとすると、Xの裁判を受ける権利は原審以来
まったく顧慮されないことになる。

第一審の札幌簡裁は、訴状の付郵便送達は要件を欠く違法なものであるから、3号の再審事由に当たる、としつつ、Xの妻Aの受領した判決の補充送達は有効であるから、再審事由も上訴によって主張すべきであったとして、再審の補充性により、訴えを却下した⁽¹⁸⁾。第二審・札幌地裁も同様の論理で控訴を棄却。上告審の札幌高裁もこの論理を維持し、さらに、訴訟記録を閲覧してから上訴の追完によって不服の申立てができたにもかかわらず、期日指定の申立てをしたのは不服申立方法の選択の誤りであるとし、上告を棄却した⁽¹⁹⁾。Xは最高裁に特別上告し、本件のような事例について判例上不服申立方法が確立しておらず、上訴の追完が唯一の方法であるとする原判決は、法律の解釈を誤り、ひいては憲法に定める裁判を受ける権利を否定するものであると主張した。最高裁は、「所論は違憲をいうが、その実質は、単なる法令違背を主張するものにすぎない」として特別上告を棄却した⁽²⁰⁾。

本件で浮上した注目すべき論点は、以下の諸点にある。(1) 本件の訴状の付郵便送達は要件を欠き違法であり、再審事由に当たる。(2) 判決につき夫の名義を冒用した事実上利害対立する妻が同居人として受領した補充送達であっても、補充送達として有効である。(3) 補充送達が有効であれば、再審事由を知ったことになるから、上訴によりこれを主張しなかったときは、再審の補充性により、再審は許されない。(4) 現実知ってからでも、一週間以内に上訴の追完ができたはずであるから、再審は許されない。

(18) 中山幸二〔消費者法判例紹介〕札幌簡判平成2年1月25日NBL454号43頁。

(19) 中山幸二〔消費者法判例紹介〕札幌高判平成3年9月18日NBL518号40頁。

(20) 中山幸二〔消費者法判例紹介〕最判平成4年3月17日NBL503号40頁参照。なお、再審にかかる原訴訟の一方では、就業場所の照会に対し、「勤務先は調べたが、わからない」の項目に○をつけつつ「本人は出張で四月二〇日帰ってきます」と付記していたにもかかわらず、裁判所書記官がこれを無視し直ちに付郵便送達を実施したことから、要件を欠く付郵便送達によって裁判を受ける権利を侵害されたとして、この再審訴訟と並行して、Xが国賠訴訟とYに対する損害賠償訴訟を提起している（原告側には消費者法に関与する全国の弁護士35人から成る弁護団が組まれ、被告Y側には15人の企業法務系弁護士が動員され、当時一大トピックとなった）。その第一審・東京地判平成3年5月22日の批評として、中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利（上・下）」NBL503号38頁、505号25頁（1992年）。控訴審・東京高判平成5年3月3日の紹介として、中山幸二〔消費者法判例紹介〕札幌高判平成3年9月18日NBL518号40頁、同・消費者法ニュース16号37頁。上告審は最判平成10年9月10日判時1661号81頁。この賠償請求の経緯と顛末については〔第5事例〕として後述する。

(1)の点は、付郵便送達の瑕疵について3号の再審事由に当たるとしており、公表された裁判例では初めてのものとして注目される。すなわち、原告が（後に給料の差押えをするなど）被告の就業先を知らながら「就業先不明」と虚偽の回答をし、裁判所書記官がこれに基づき直ちに付郵便送達を行ったときは、送達は無効であり、訴状の送達が無効である以上、被告は訴訟において本人又は代理人を口頭弁論期日に出頭させることができなかつたものとして、代理権の欠缺といえるから、3号の再審事由に該当するという論理である⁽²¹⁾。

他方、実質的な手続保障の観点から見ると、再審の補充性にかかる(3)の判旨は賛成できない。訴訟係属も知らず、判決正本も受領できなかった被告が、擬制による判決送達時に再審事由を「知った」とみなすことは非現実的であり、再審を求めるXにとって余りに酷である⁽²²⁾。また(4)のごとく、上訴の追完ができたことをもって再審不許の事由とすることは、簡易な救済手段の存在が却って再審の余地を著しく狭めることになり、本末転倒である。このような補充性の形式論は再審の道を塞ぐ大きな障害となる。この壁をぶち破ったのが、次の最高裁判例である。

〔第2事例〕最判平成4年9月10日（民集46巻6号553頁）

——付郵便送達と再審：再審の補充性を緩和し、再審を認めた事例——

事案は、七歳の娘が父親宛ての訴状を受領したが、これを父親に交付せず、欠席判決の送達は夫の氏名を冒用してクレジット契約を締結した妻が受領して隠匿したとされる事例である。判決から九年後にYから本件立替金の支払を求められた被告Xが、前訴判決の存在を知り、訴状の送達が適法になされていないとして、再審の訴えを提起した⁽²³⁾。

(21) これは筆者が前掲（注6）論文80頁（昭和62年）で、住所不明との不実の公示送達の申立てに模して、就業先不明との不実の申出に基づく付郵便送達として、まさに予言・提示した解釈論である。

(22) 中山・前掲（注18）「判例紹介」45頁。これに対して、井上薫「再審の補充性の程度」判タ797号15頁（1992年）は、中山の感情論にすぎず、「理論的に見れば」誤りである、と批判する。井上判事は、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うべきであるから、敗訴者は……失権効による不利益を甘受せざるをえない」として、送達の擬制による名宛人の不知につき救済の必要性を否定する。

(23) 筆者の現地調査によれば、当時、送達の瑕疵にかかわる救済方法（とくに再審の可否）が確立していないことから、受任弁護士が救済方法の選択に悩み、債務不存在確認の訴え、請求異議の訴え、再審の訴えを同時に提起し、再審の訴えが認められた一審判決後に他の

第一審・松山地裁今治支部は、**X**の主張を認め、原判決を取り消し、(夫の名前を勝手に冒用してクレジット契約が締結されたものと認定して)請求を棄却した。

Yが控訴。第二審・高松高裁は、一審判決を取り消し、以下の理由で再審の訴えを却下した。前訴の訴状の交付を受けた**X**の四女**B**は当時七歳であり、事理を弁識するに足るべき知能を備える者とは認められないから、送達としての効力を生じない。しかし、判決正本は**X**の同居者である妻**A**が交付を受けたのであり、本件においては右判決正本の送達を無効と扱うべき特段の事情もないから、補充送達として有効である。そうすると**X**は右判決正本の送達を受けたときに訴状の送達の瑕疵を知ったものとみられるから、右瑕疵の存在を理由とする不服申立ては右判決に対する控訴によってすることができたものというべきである。**X**は控訴することなく期間を徒過したから、本件再審の訴えは不適法である。

Xが上告。上告理由の要点は次のとおり。①民訴法420条1項ただし書き(現338条1項ただし書き：筆者)の「知りテ主張セサリシトキ」には、補充送達によって送達の効力が認められる場合までも含むと解するのは誤りである。本人が訴状不送達等の瑕疵を現実には知らなければ、上訴して主張することは不可能であり、原審のように擬制として知ったとされる場合までも含むと解してはならない。仮にこれが許されるならば、本人がまったく知らないうちに判決が確定し、再審によってこれを争う途さえ閉ざされてしまうことになる。原審のように擬制として知ったとされる場合までも含むと解してはならない。仮にこれが許されるならば、本人がまったく知らないうちに判決が確定し、再審によってこれを争う途さえ閉ざされてしまうことになる。原審の解釈は、裁判を受ける権利を保障した憲法32条に違背する。②判決正本の送達につき、本件では「無効と扱うべき特段の事情」が存在する。本件契約当時、**X**と**A**は同居していたものの、**A**の浪費癖等のために離婚・再婚を繰り返していたのであり、前訴も**A**が**X**の名義を冒用して締結した契約に基づくものである。原判決は、**X**が主債務者たる被告、**A**が連帯保証人たる相被告という外形的にも明確な事情に加え、**X**と**A**が右のような実質的に重大な対立関係にあったという特段の事情を何ら考慮していない。

二つの訴えを取り下げていた。〔第1事例〕の受任弁護士の期日指定の中立てと合わせ、救済方法の選択につき考えさせられる問題である。この点につき、中山・前掲(注2)論文・神奈川法学31巻1号112頁の注20参照。

最高裁は、原判決と同様、幼い娘の補充送達受領能力の欠缺を理由に、訴状の補充送達に瑕疵があるとし、「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った場合と別異に扱う理由はないから、民訴法420条1項3号の事由があるものと解するのが相当である」と判示した。他方、再審の補充性に関しては、判決の補充送達が有効であっても「再審事由を現実には了知できなかった場合は同項ただし書きに当たらない」として、原判決を破棄し、高松高裁に差し戻した。

この判決は、最高裁として訴状送達の瑕疵につき正面から3号再審を認めた判決として注目される。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と同視するものであり、3号再審の拡大適用とともに、送達名宛人の救済という観点から見て、大きな前進と評価される。また、再審の補充性についても、送達の擬制によっては「知った」ことにならないとし、形式論でなく、より実質的な手続保障の観点から再審の可否を判断しているものと評しうる。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いては再審による救済可能性が承認されたといえる。問題は、それにとどまらず、送達の擬制により実質的に手続関与の機会が与えられずに判決が下された場合にも、広く3号再審の適用可能性が出てきた、というのが当時の筆者の評価であり、それがまた今後の課題であると指摘していた⁽²⁴⁾。この論理に沿う判決が、まさに次の最高裁判例である。

(24) 中山幸二「同居者への訴状・判決の送達と再審の可否」NBL506号17頁、19頁（1992年）。本件最判の調査官解説も、送達が有効であって再審を認めうる場合があるかは「将来の課題として残されている」と述べ、その余地を示唆していた。田中豊「最判解説」法曹時報45巻10号159頁（1993年）。高橋宏志「本件判批」私法判例リマークス一九九四（上）151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「前訴に関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指摘していた。

なお、本件事案につき筆者の推測するところでは、父親と母親あての二通の訴状が同時に送達され、これを受け取った娘Bが二通とも母親に渡したところ、母親が事実の発覚を恐れて隠してしまったというのが実相と思う。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」159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と明言する。この点につき、中山・前掲（注2）論文・神奈川法学31巻1号105頁の詳述も参照されたい。

〔第 3 事例〕 最決平成 19 年 3 月 20 日（民集 61 卷 2 号 586 頁）

——補充送達と再審：送達を有効としつつ、再審を認めた事例——

事案は、同居している娘婿の名義を冒用して自己の一千万円の消費貸借につき連帯保証契約を締結した義父が、相被告たる娘婿 X への訴状を同居人として受領しながらこれを秘し、欠席判決については付郵便送達で送達がなされ、結局不在のため裁判所に返送されたという事例である。

X は 2 年後に差押えを受けて初めて判決の存在を知り、再審の訴えを提起し、次のように主張した。X は、自らの意思で連帯保証人になったことはなく、X の義父 A が、自己の債務について、X の氏名及び印章を冒用して B との間で連帯保証契約を締結したものであるから、前訴に関し、X と A は利害が対立していたというべきである。したがって、A が X への前訴の訴状等の交付を受けたとしても、これが遅滞なく X に交付されることを期待できる状況にはなく、現に A は交付を受けた前訴の訴状等を X に交付しなかったから、前訴において X に対する訴状等の送達は補充送達として効力を生じていないというべきである。そうすると、訴状等の有効な送達がないため、X に訴訟に関与する機会が与えられないまま前訴判決がされたことになるから、前訴判決には民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由がある。

第一審・横浜地裁川崎支部は、前訴での X に対する訴状等の送達は補充送達として有効であるから、訴状等の有効な送達がなかったことを前提とする X 主張の再審事由は認められないとして、再審請求を棄却した。

この再審請求棄却決定に対して X が抗告したが、抗告審・東京高裁も次のように述べて抗告を棄却した。送達受領権限の有無は、当該送達の効力に直接結びつく

これに対して、送達擬制による有効な送達の場合にまで本件最判の射程は及ばないとする理解が多数である。河野正憲「手続権侵害と再審事由（一）」法学 58 卷 2 号 1 頁（1994 年）も、本件判旨の「有効に訴状の送達がされず、その故に」という文言を重視する。

本件最判に対する判例紹介ないし判例批評としては、このほか、以下のものがある。井田宏・判タ平成 4 年度主要民事判例解説 213 頁、森勇・ジュリスト平成四年度重判解説 150 頁、田中豊・ジュリスト 1016 号 106 頁、加藤哲夫・法セミ 457 号 130 頁、高見進・民商法雑誌 109 卷 2 号 283 頁、高崎英雄・法学研究 66 卷 9 号 99 頁、高木敬一・法学教室 150 号 62 頁、三谷忠之・判例評論 412 号（判例時報 1452 号）42 頁、春日偉知郎・金法 1364 号 58 頁、大江忠・NBL506 号 14 頁、東松文雄・平成 5 年度主要民事判例解説 230 頁、木村元昭・法律のひろば 46 卷 1 号 48 頁、山本克己・民事訴訟法判例百選〔第三版〕（2003 年）245 頁、同・法学教室 2004 年 9 月号 93 頁、坂本恵三・民事訴訟法判例百選〔第四版〕（2010 年）246 頁、同・〔第五版〕（2015 年）242 頁。

ものであるから、それは外形からみて客観的に判定できるものでなくてはならない。Xが主張するような受送達者と同居者との間で形式的または実質的に利害関係が対立しているかどうかといった送達書類受領者の動機や目的に関する事情は、送達機関にとってその存否が明らかでないし、そのような事情の有無によって送達の効力が左右されることは、手続の安定を著しく欠く結果となるのであって、妥当とはいえない。それゆえ、Xの主張する再審事由はない。

これに対して、Xが許可抗告を申し立てた。

これに対して、最高裁は、次のように判示し、原決定を破棄し、事件を東京高裁に差し戻した⁽²⁵⁾。

「原審の判断のうち、原告人に対する本件訴状等の送達は補充送達として有効であるとした点は是認することができるが、前訴判決に民法338条1項3号の再審事由がある旨の原告人の主張は理由がないとした点は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 民法106条1項は、就業場所以外の送達をすべき場所において受送達者に出会わないときは、「使用人その他の従業者又は同居者であつて、書類の受領について相当のわきまのあるもの」（以下「同居者等という。」）に書類を交付すれば、受送達者に対する送達の効力が生ずるものとしており、その後、書類が同居者等から受送達者に交付されたか否か、同居者等が上記交付の事実を受送達者に告知したか否かは、送達の効力に影響を及ぼすものではない（最高裁昭和四二年（オ）第一〇一七号同四五年五月二二日第二小法廷判決・裁判集民事九九号二〇一頁参照）。

したがって、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等が、その訴訟において受送達者の相手方当事者又はこれと同視し得る者に当たる場合は別として（民法108条参照）、その訴訟に関して受送達者との間に事実上の利害関

(25) 本件最決の判例解説として、三木素子・ジュリスト1344号88頁、同・最高裁判例解説民事篇平成19年度（上）225頁、川島四郎・法セミ634号114頁、堀野出・速報判例解説1号175頁、酒井博行・北海学園大学法学研究43巻3＝4号143頁、山本研・明治学院大学法科大学院ローレビュー8号75頁、河村好彦・慶応大学法学研究81巻3号110頁、青木哲・平成19年度重要判例解説136頁、宇野聡・リマークス2008（下）128頁、柳沢雄二・早稲田法学84巻1号255頁、野村秀敏・法の支配148号65頁、豊島英征＝真野さやか・平成19年度主要民事判例解説200頁、河野正憲・判タ1314号15頁、松下淳一・民訴法判例百選〔第四版〕（2010年）89頁・同〔第五版〕（2015年）88頁。

係の対立があるにすぎない場合には、当該同居者等に対して上記書類を交付することによって、受送達者に対する送達の効力が生ずるといふべきである。

そうすると、仮に、原告人の主張するような事実関係があったとしても、本件訴状等は原告人に対して有効に送達されたものといふことができる。以上と同旨の原審の判断は是認することができる。

(2) しかし、本件訴状等の送達が補充送達として有効であるからといって、直ちに民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由の存在が否定されることにはならない。同事由の存否は、当事者に保障されるべき手続関与の機会が与えられていたか否かの観点から改めて判断されなければならない。すなわち、受送達者あての訴訟関係書類の交付を受けた同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合において、実際にもその交付がなされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に関与する機会を与えられたことにならないといふべきである。そうすると、上記の場合において、当該同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が実際に交付されず、そのため、受送達者が訴訟が提起されていることを知らないまま判決がされたときには、当事者の代理人として訴訟行為をした者が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由があると解するのが相当である。」

原審決定と抗告理由との主たる争点は、訴状の補充送達が無効か有効かであり、無効であれば再審事由となり、有効であれば再審事由とはならない、という点であったが、最高裁は、訴状を受領した同居者と名宛人との間に事実上の利害関係の対立があるにすぎない場合には、補充送達として有効であるとしつつ、両者の間にその訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、送達書類が速やかに交付されることを期待することができず、実際に送達書類が交付されなかったために受送達者が知らないまま判決が下されたときは、民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由に当たる、と判示したのである。

ここでは、まさに前記〔第 2 事例〕の最判が今後の課題として残していた有効な送達を前提とした再審の許容、すなわち送達の擬制に基づく三号再審が肯定されたことになる。従来、手続上重大な瑕疵に基づく再審という概念を超えて、手続上

「瑕疵のない」有効な送達でも実質的な手続保障の要請から再審を認めたものと評価される。そして、この送達の有効・無効と切り離れた再審の肯定は、この道を一步踏み出した以上、その延長として、補充送達に限らず、公示送達や付郵便送達の場合にも再審を認める理論的可能性を与えるものと思われる⁽²⁶⁾。

ところで、「事実上利害対立関係がある同居者等に対する補充送達も有効である」との判断には、実質的な理由が付せられていない。他方で、「同居者等と受送達者との間に、その訴訟に関して事実上の利害関係の対立があるため、同居者等から受送達者に対して訴訟関係書類が速やかに交付されることを期待することができない場合」において「実際にもその交付がなされなかったときは、受送達者は、その訴訟手続に参与する機会を与えられたことにならない」と述べて3号の再審を認める。本来、「近接した時間内に確実に交付が期待される」ことが補充送達の正当化根拠とされていることからすれば、抗告理由のいうように、事実上の利害対立により交付を期待できない場合は補充送達の受領権限がないとする方が筋が通っており、判旨の前者と後者は矛盾した言説とも取れる。これを架橋する何らかの論理が必要である。両者は切断されたものと解説する評者が多数であるが、むしろこれを積極的に説明する明確な論理が必要ではないか。それが、後に述べる二重構造論(五(1))である⁽²⁷⁾。

〔第4事例〕札幌地決令和元年5月14日（判タ1461号237頁）

——公示送達の瑕疵を理由に再審を認めた事例（再審開始決定）——

もとの事件は、Yの役員報酬を、X（内縁の妻）が無断で受領したとして、YがXに不当利得（2900万円）の返還を求めた事案である。提訴当時、Xは家を出てYとの接触を拒否していたため、YはXの住居所を知り得ないとして公示送達の申立てを行い、訴状等が公示送達の方法によって送達され、被告欠席のまま判決（1168万円一部認容）が言い渡された（平成30年9月14日）。その後、Xが判決

(26) 同旨の方向を示すものとして、前掲（注25）の、酒井「判批」143頁、河村「判批」110頁、柳沢「判批」255頁。これに対して、堀野「判例解説」178頁は、送達の有効性が当事者の現実の関与と結びつく度合いが制度上薄れざるをえない付郵便送達や公示送達には直ちに妥当しないだろうと述べ、少なくとも公示送達には及ばないとする。

(27) 本決定の判断枠組みが、筆者の提唱した「手続保障の二重構造論」を下敷きとするものと指摘するのは、山本研・前掲（注25）「判批」85頁。

の存在を知り、再審の訴えを提起した（平成 31 年 2 月 8 日）。

X の主張によれば、X は内縁関係にあった Y による DV 被害から逃れるため、当時居住していた A マンションを一時的に出でいたが、Y は X への電話やメール、あるいは X の実母や長男等を通じて X の住所を知り得た。にもかかわらず、Y は故意または過失により公示送達の申立てを行い、X に対して訴訟に関与する機会を与えないまま判決を得た。したがって、本判決には民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由がある、というものである。

これに対して、Y は再審期間を徒過していると主張したほか、予備的に、最判昭和 57 年 5 月 27 日を引用して、不実の公示送達の申立てにより確定判決を得た場合でも、民訴法 338 条 1 項 3 号の再審事由には該当しない、また、Y は必要な調査を行ったにもかかわらず Y の住所を知り得なかったもので、公示送達の申立ては要件を満たしていた、と主張した。

札幌地裁は、以下のように判示して、再審の訴えを適法とし、再審開始決定を言い渡した。

「公示送達の要件を満たしていないのに、訴状等が公示送達の方法によって送達された結果、被告とされた者が訴訟に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が代理権を欠いた場合と別異に扱う理由はないから、民事訴訟法 338 条 1 項 3 号の再審事由があるものと解すべきである。再審被告の援用する最高裁判所判決は、公示送達の実施を裁判長の許可に係らしめていた旧民事訴訟法の下のものであって、公示送達の実施を裁判所書記官の権限とする現民事訴訟法においては、同様に解することはできない。」「そして民事訴訟法 338 条 1 項 3 号に掲げる事由のうち代理権を欠いたことを理由とする再審の訴えには、30 日間の再審期間は適用されない（民事訴訟法 342 条 3 項）。」

この判決は、公示送達の無効を認めつつ、上記〔第 2 事例〕の平成 4 年最判の論理を使って、訴状送達の瑕疵に基づく再審を認めたものである。

〔第 5 事例〕最判平成 10 年 9 月 10 日（判時 1661 号 81 頁）

——付郵便送達の瑕疵と判決無効：損害賠償（慰謝料請求）を一部認めた事例——

前述の〔第 1 事例〕につき、その後 X は（再審訴訟と並行して）、判決無効を前提とした、損害賠償請求訴訟を提起した。しかも、瑕疵ある付郵便送達を実施した

裁判所書記官の過失に基づく国家賠償請求をも提起し（後に弁論併合）、安易な付郵便送達の実施に対する警告と再発防止の策を求めたのである⁽²⁸⁾。

この訴訟に対し、第一審、東京地判平成3年5月22日（判時1400号84頁）は、大要次のように述べ、Yおよび国に対する請求を棄却した⁽²⁹⁾。

＜（1）判決確定後、敗訴判決を受けたことによる損害の賠償を求めることは、既判力ある判断と矛盾する請求をするものとなるから、違法性の態様が法的安定の要請を考慮しても信義則上容認しえない特段の事情がある場合に限られる。本件のYには、欠席裁判を騙取するという故意はなく、他方、Xは控訴の追完を利用せず、現行の裁判制度の下で十分に救済を受けられる状況にありながら自らこれを行わなかったものといわざるをえず、Xを救済しなければ正義に反するような特別な事情も認められない。（2）Xは控訴して争うことができたのにこれをしなかったから、第一審手続を受けられなかったこと自体によっては、賠償を求めうるほどの精神的損害をこうむったとは認められない。＞

これに対してX控訴。控訴審も第一審と同じ立場を踏襲するかに見えたが、本件訴訟の控訴審の最終口頭弁論終結直前の平成4年9月10日に、再審の補充性にかかる最高裁判例の実質的変更が表明された⁽³⁰⁾。そこで第二審の東京高判平成5年3月3日は、再審の補充性を引き合いに出さず、原判決を取り消し、Yに対する請求を一部認容した⁽³¹⁾。

＜Yの担当者は、Xとの交渉を通じてXの勤務先A社を知悉しており、A社を通じてXの連絡先や連絡方法について容易に調査確認できたにもかかわらずこれを怠った点で、重過失があり、この重過失による誤回答に基づき実施された付郵便送達は無効であって、その結果、前訴においてXに訴訟に関与する機会が与えられないまま前訴判決が確定するに至ったものである。前訴でXが訴訟に関与する機会が与えられ、妻の無断使用の事実が主張されていたなら、前訴判決の内容も異

(28) この訴訟には、原告側に消費者法に関与する全国の弁護士35人から成る弁護団が組まれ、被告Y側には15人の企業法務系弁護士が動員され、当時一大トピックとなった。

(29) この第一審判決の紹介と批評として、中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利（上）（下）」NBL503号38頁・505号25頁（1992）。筆者はここで具体的に送達の瑕疵に基づく判決無効論を提唱した。

(30) 前述〔第2事例〕の最高裁判決（平成4年9月10日）参照。

(31) 中山幸二「付郵便送達の濫用と不法行為責任——東京高裁平成5年3月3日判決の意義」消費者法ニュース16号37頁（1993）。

なっていた可能性が高い>とし、Xが判決に従って支払った金額につき請求を認容した。他方、慰謝料請求については、<確定判決の既判力ある判断と矛盾する>として、賠償を認める必要はないとした。

これに対してXとYが上告。最高裁は平成10年9月10日、以下のように判示し、原判決を一部破棄自判、一部破棄差戻し、一部を上告棄却した⁽³²⁾。

<当事者間に確定判決が存在する場合に、その判決の成立過程における相手方の不法行為を理由として、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求をすることは、確定判決の既判力による法定安定を著しく害する結果となるから、原則として許されるべきではなく、当事者の一方の行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法定安定の要請を考慮してもなお容認し得ないような特別の事情がある場合に限って、許される（最高裁44年7月8日第三小法廷判決・民集23巻8号1407頁参照）。本件においては、Y1が受訴裁判所からの照会に対して必要な調査を尽くすことなく安易に誤って回答した点において、Y1に重大な過失があるとするにとどまり、それがXの権利を害する意図のもとにされたものとは認められないため、前期特別の事情があるということとはできない。ゆえに、請求を認容した原判決を破棄する。

他方、訴訟手続に関与する機会を奪われたことによる慰謝料請求については、確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求に当たらないから、原審の理由付けはその前提を欠く。棄却した原判決は破棄を免れず、慰謝料請求の当否につき審理を尽くすため差し戻す。>

筆者は、高裁の論理の方が納得でき、最高裁の逆転の論理が釈然としない。要するに、最高裁は、判決の不当取得に関する最判昭和44年7月8日の枠組み（不法行為として損害賠償を請求しうるのは、著しく正義に反する場合に限る）を踏襲しつつ、原審と異なり、Yに害意（故意）はなかったとしてXが支払った額については損害賠償を認めず、逆に、手続に関与する機会を奪われたことに基づく慰謝料請

(32) 判時1661号81頁、判タ990号138頁、金判1065号32頁。この最高裁判決については、多数の判例紹介および判例批評がある。取り敢えず、山本研「郵便に付する送達」ジュリスト民事訴訟法判例百選〔第5版〕86頁（2015）の解説およびそこに引用された文献を参照されたい。

求については、確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償には当たらないから認められる、としているのである。なんとも苦渋に満ちた最高裁判決である⁽³³⁾。

五 公示送達に基づく判決と名宛人の救済方法：提言

(1) 送達の擬制にかかる手続保障の二重構造論

送達は、本来、訴訟当事者に手続上重要な事項を確実に告知することを目的とする。他方で、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を効率的に運営するため、送達の擬制という制度も必要不可欠である。被告の住所が不明であるという場合、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、原告の権利実現が不能となり、実体権の保護に欠けるものとなる。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得ない。住所が判明していても、家族みな不在がちで通常の送達が功を奏しないことがある。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、付郵便送達で取り敢えず手続を進めるという立法政策もありうる。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前提で、これを認めて手続を進める、これも効率的な手続運営のためには必要なことであろう。

これらの送達擬制の共通項を括ってみると、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。すなわち、実際には名宛人に到達してなくても、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（告知したものと「看做す」わけであり、まさに「擬制」である）。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たにすぎない。しかし、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得ないにして

(33) 最高裁が、手続関与の機会にかかる慰謝料を認めたのは、——前訴確定判決が間違っていたとは正面から言えず——再審による救済の道を絶たれたXのための特別な配慮であって、一般化できない「救済判決」と受け止められている。前掲・山本研（注32）87頁。

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補償がなされなければならない。もともと当事者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。

事後的な救済の場面では、実質的手続保障を追求すべきである。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。これに対して、名宛人の責めに帰すべき事由がない場合には、事後的に救済を与えることが必要になる。これは裁判を受ける権利という憲法上の要請である。現行法の解釈論においてそのような実質的調整を予定しているのが、97条の「その責めに帰することができない事由」と338条1項ただし書きの「知りながら主張しなかったとき」である⁽³⁴⁾。

手続開始段階での手続進行にかかる形式的手続保障と判決確定後の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構築するかは、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実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る。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、立法政策として妥当と言える。しかし、前者を緩やかに認めながら、後者は冷徹に門を閉ざすというのでは、訴訟政策として不当である。このことは現行法の解釈論としても重要な視点である。前掲〔第1事例〕の各審級の判決、および〔第2事例〕の控訴審判決、さらに〔第3事例〕の第一審判決と控訴審の決定は、まさにこのバランス感覚を欠いていたと評さざるを得ない⁽³⁵⁾。

(34) この送達擬制にかかる手続保障の二重構造論については、前掲（注2）掲記の二つの論文、および中山幸二「送達と再審——手続保障の二重構造論・再論」高橋宏志先生古稀祝賀論文集『民事訴訟法の理論』（2018）1043頁以下を参照されたい。単純に図式化して言えば、次のようになる。

- ・手続進行のための送達の必要性—形式的手続保障→送達擬制（要件の形式性と効率的な手続運営）
- ・事後的な手続関与の機会の補償—実質的手続保障→再審・追完（帰責事由の存否による具体的調整）

(35) 前掲（注22）掲記の井上判事の論稿は、このような訴訟観と対極をなす。井上判事は、送達制度の完結性と相手方の利益を重視する立場から、送達による「当事者の手続保障といっても、その了知は埒外」とし、送達の擬制による名宛人の不知につき救済の

ましてや公示送達の場合、99%名宛人に到達しないことも「折り込み済み」というのであれば、事後的な簡易な救済方法を常備して置かなければ、立法政策としては片手落ちと言わざるを得ない。名宛人がたまたま訴訟係属を知っていたなどの例外的事情がないかぎり⁽³⁶⁾、有効な公示送達を前提としつつ（338条1項3号による）再審を認めてよい。

これは、公示送達による確定判決に対して、保護すべき実体権がある者には、原則として再審を認めるという大胆な提言である。こう解したからと言って、やたら再審の訴えが提起されるわけではないし、公示送達制度の存在意義がなくなるわけではない。争うべき実体権のない者が無闇に再審の訴えを起こすことはない、との実態認識に基づく。

（2） 訴状送達の瑕疵に基づく判決無効論

これに対して、住居所の調査が不十分だった場合や原告が被告の住所を知らずから公示送達の申立てをしていた場合は⁽³⁷⁾、「送達をすべき場所が知れない場合」という要件を欠き、公示送達は無効と解される。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おらず、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考えている。訴訟係属が発生しなければ訴訟法律関係は成立せず、裁判所の判決義務は生じない。手続保障の実質から見ると、被告への訴状送達で訴訟係属が発生し、被告の防御目標が定まるとともに審問の機会が保障されることを意味する。それゆえ、訴状送達に瑕疵があり被告に審問の機会が与えられないときは、被告は判決の拘束力とくに既判力の拘束を受ける基盤を欠く、という論理である⁽³⁸⁾。

前述（注29）のように、〔第5事例〕損害賠償請求訴訟の第1審東京地裁判決（東京地判平成3年5月22日）を受けて、筆者は訴状送達の瑕疵に基づく判決無効

必要性を否定する。

(36) たとえば、最判昭和54年7月31日判時944号53頁の事例参照。

(37) たとえば、最判昭和42年2月24日民集21巻1号209頁の事例参照。

(38) 前掲（注2）の第2論文「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」97頁以下、および中山幸二「欠席判決における既判力の強度——審理の充実度と脆弱性——」民事訴訟雑誌68号1頁以下（2022）参照。

論の提示を試みた。これに対して、平成4年9月10日に、〔第2事例〕訴状送達の瑕疵に基づく再審訴訟の最判が出たのを契機に、少なからぬ反応が見られた。田中豊・最高裁調査官解説「最判解説」法曹時報45巻10号161頁は重大な関心を示し、判決無効を前提とした不服申立方法をも詳細に検討したうえ、「今後の議論をまちたい」とする。高橋宏志「判批」私法判例リマックス1994<上>150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、「理論として判決無効説は将来の課題だ」としていた。

他方、高崎英雄「判批」慶應大学法学研究66巻9号102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」と論ずる。高見進「判批」民商109巻2号83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、加波眞一「(民事)判決無効の法理(三・完)」北九州大学法政論集22巻2号72頁(1994)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⁽³⁹⁾。

そのような中、高橋宏志教授から括目すべき見解が表明された。付郵便送達と補充送達を念頭に「訴状等の送達が無効であれば、訴訟係属がまだ成立しておらず第一審手続も判決も内容上無効であると解するのが抜本的である」とし、「被告は第一審裁判所に、訴状等送達のやり直しから手続を再開するよう求めることができる」と断ずる。さらに興味深いのは、「上訴や再審を利用しないと、先に出された判決を取り消すことができないことが懸念されるかもしれない。けれども、その点

(39) その後、酒井博行「判批」北海学園法学研究43巻3・4号688頁以下(2008)が筆者の判決無効論に支持を表明したが、杉山悦子「送達の瑕疵と再審」法学セミナー690号117頁(2012)は、筆者の説を引用しつつ「学説には、判決の無効を認める見解もありますが、少数説であり、上訴の追完や再審で取消しを求めるべきであるとして、当然無効を認めないのが多数説です」と明言する。

は、後の第一審判決で、先の第一審判決は内容上無効であったと（カッコ書きでも）判決主文に掲げれば足りるのではなからうか」とまで論ずる⁽⁴⁰⁾。判決主文に括弧書きするとは、目から鱗の言説であり、柔軟な発想に驚かされる。

高橋教授は、その後、自説を凝縮した体系書『民事訴訟法概論』の中で、公示送達を念頭におきつつ、訴状送達の瑕疵＝送達無効に基づく訴訟係属なき判決につき、判決無効を正面から認めている⁽⁴¹⁾。そこで述べられているように、判決無効とは何の法的効果も無いのではなく、事実上、無効判決に基づく強制執行がなされる可能性があるから、請求異議の訴えや執行文付与に対する異議の訴えを提起して、執行を排除する必要がある。すでに執行がなされた後なら、損害賠償請求や不当利得返還請求の別訴を提起する必要もある。筆者もこれに共鳴する。

要は、無効判決と言っても、訴訟終了効は生じ、ただ確定判決の内容的効力を有しない、ということに過ぎない。判決無効という手法は、あまりにドラスティックであるとの論評は、判決が確定した以上は既判力が生じるとする既判力ドグマに毒された先入観に囚われた幻想というべきである。

六 おわりに

民事訴訟の最も基本的な原理である双方審尋主義、その中核をなす対審原理からすると、欠席判決や督促手続はその周縁部にあり、例外に位置する。双方の言い分を聴いて裁判を下す、という素朴な裁判観からすると、片方の言い分だけ聴いて裁判を下すのは、変則的であり、権利保護の必要（迅速な債務名義の取得や広義の執行力の獲得など）に支えられた訴訟政策として容認されうる。ただし、そこに強力な既判力まで付与する必要と正当性があるか否かは検討の余地がある。現に、欠

(40) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』〔補訂第2版〕（2010）562頁。この立場はその後も維持されている。高橋・同〔第2版補訂版〕（2014）780頁。しかし、未だに「この見解は少数説にとどまるようである」と述べる、同781頁参照）。なお、新堂幸司『新民事訴訟法』〔第3版〕（2004）368頁は、訴訟係属に触れることなく、「被告に宛てて適式に送達がなされたときでも、原告によって現実に了知することを妨げられた場合」には送達は無効と解すべきであり、上訴期間の経過によって判決が形式的に確定するとしても、被告に判決の効力を及ぼしえない「無効の判決」というべきである、とする。

(41) 高橋宏志『民事訴訟法概論』（2016）66頁。

席判決と同様の手続現象をもたらす督促手続について（典型的に表現すれば、前者は被告に対する訴状の送達と調書判決の送達という 2 回の接点のみ、後者は債務者に対する支払督促の送達と仮執行宣言付支払督促の送達の 2 回の接点のみ）、平成 10 年の改正民事訴訟法は、既判力を排除した。旧督促手続の簡裁判事による支払命令から簡裁書記官による支払督促に移行し、判断主体が形式上「裁判官による裁判」でなくなったというのが公式の立法趣旨とされるが、審理の実体に着目すれば、債務者の審尋不要かつ証拠不要による実質審理の欠如こそ、既判力排除の正当化根拠として直視すべきである。ここに手続保障と審理の充実度が既判力の正当化根拠として浮上し、「既判力の強度」という視点を見出すことができる⁽⁴²⁾。送達の擬制による緩やかな再審の許容は、手続保障の欠如による既判力の排除であり、(旧々民事訴訟法やドイツ民事訴訟法のような) 欠席判決に対する審理再開の許容は、審理の充実度（希薄）による対審性の保障（事後的補償）の発想である。また、訴状送達の瑕疵により訴訟係属なき判決は、裁判を受ける権利の最低限の保障を欠くがゆえに、無効判決として、改めて実体権を争いうる。そもそも訴訟が成立していないからである。判決の内容的拘束力（既判力、执行力、形成力）を生じる基盤を欠く、という論理である。それゆえ、再審による既判力の排除を経ずとも、強制執行に対しては請求異議の訴えを提起し、既判力による遮断効の拘束（民執 35 条 2 項）を受けずに異議事由を主張することが可能となるし、強制執行がすでに終了した後であれば、既判力の拘束を受けることなく、不当利得返還請求も可能となる。さらに、害意ある公示送達の申立てによる判決の不当取得と認められるときは、不当な訴訟制度の利用として、不法行為に基づく慰謝料も認めてよい。本稿で提言したことを改めて確認しておこう。

公示送達（送達の擬制）に基づく欠席判決は、再審によって救済すべきである。

公示送達の瑕疵に基づく欠席判決には、判決無効を認めてよい。

（明治大学専門職大学院法務研究科教授）

(42) 欠席判決における既判力の基盤の脆弱性について、中山幸二「欠席判決における既判力の強度——審理の充実度と脆弱性——」民事訴訟雑誌 68 号 1 頁以下（2022）参照。