

タイトル	<判例研究>一 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場合における上記書類の補充送達の効力 二 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関して事実上の利害関係の対立がある受送達者に対して上記書類を交付しなかった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場合と民訴法三三八条一項三号の再審事由：最高裁判所平成一八年(許)第三九号、再審請求棄却決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件、平成一
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学研究，43(3・4)：665-698
発行日	2008-03-00

〈判例研究〉

一 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場合における上記書類の補充送達の効力

二 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関して事実上の利害関係の対立がある受送達者に対して上記書類を交付しなかった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場合と民訴法三三八条一項三号の再審事由

最高裁判所平成一八年（許）第三九号、再審請求棄却決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件、平成一九年三月二〇日第三小法廷決定（民集六一巻二号五八六頁、裁判所時報一四三二号三頁、判例時報一九七一号一二五頁、判例タイムズ一二四二号一二七頁、Lexis判例速報二〇号九七頁）

酒 井 博 行

【事実の概要】

訴外B₁・B₂は、X（再審原告・抗告人・抗告人・前诉被告）の義父である訴外A（前诉被告）を主債務者、Xを連帯保証人として、二回にわたって計一〇〇万円を貸し付けた。Y（再審被告・相手方・相手方・前訴原告）は、B₁・B₂から前記二口の貸金債権の譲渡を受けたと主張して、X・Aに対し、前記貸金一〇〇万円およびこれに対する約定遅延損害金を連帯して支払うことを求めて、平成一五年一月五日、前訴を提起した。

Aは平成一五年一月二六日、自らを受送達者とする前訴の訴状および第一回口頭弁論期日（平成一六年一月二八日）の呼出状等の交付を受け、また、Xを受送達者とする前訴の訴状および第一回口頭弁論期日の呼出状等についても、Xの同居者としてその交付を受けた。X・Aは前訴の第一回口頭弁論期日に欠席し、答弁書その他の準備書面も提出しなかったため、口頭弁論は終結され、第二回口頭弁論期日（平成一六年二月四日）に、Yの前訴請求原因事実につき擬制自白が成立したとして、Yの請求を認容する旨の判決（以下では「前訴判決」と記す）が言い渡された。X・Aに対する前訴判決

の判決書に代わる調書の送達は、その住所における送達が受送達者不在によりできなかったため、平成一六年二月二六日、書留郵便に付する送達によって行われ、前訴判決は平成一六年三月一二日に確定した。

Xは、自らの意思でAの連帯保証人になったことはなく、AがXに無断でXの印章を持ち出して金銭消費貸借契約書の連帯保証人欄にそれを押印したこと、Aは平成一八年二月二八日に至るまでかかる事情をXに一切話しておらず、前訴に關し、XとAは利害が対立しており、AがX宛の前訴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は前訴訴状等をXに交付しなかったこと、したがって、Xに対する本件訴状等の送達は補充送達（民訴法一〇六条一項）としての効力を生じていないというべきであり、本件訴状等の有効な送達がないため、Xに訴訟に關与する機会が与えられないまま前訴判決がなされたのであるから、前訴判決には民訴法三三八条一項三号の再審事由があることを主張して、平成一八年三月一〇日、Yを相手取って再審の訴えを提起した。

第一審決定（横浜地川崎支決平成一八年五月一二日、民集六一卷二号五九六頁参照）は、Xの再審請求を棄却した。原

決定（東京高決平成一八年八月二三日、民集六一卷二号六〇四頁参照）も、前訴のX宛の訴状等についてXの同居者であるAが交付を受けた以上、民訴法一〇六条一項所定の補充送達が有効に行われたとし、したがって、前訴判決には民訴法三三八条一項三号所定の再審事由があるとは認められないとして、Xの抗告を棄却した。これに対し、Xが許可抗告の申立をなし、抗告が許可された。

【決定要旨】 破棄差戻し

「(1)民訴法一〇六条一項は、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（民法一〇八条参照）、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。」

「(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、直ちに民訴法三三八条一項三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は、実際にその交付が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、民訴法三三八条一項三号の再審事由があると解するのが相当である。

Xの主張によれば、前訴においてXに対して連帯保証債務の履行が請求されることになったのは、Xの同居者としてXあての本件訴状等の交付を受けたAが、Aを主債務者とする債務について、Xの氏名及び印章を冒用してB₁らとの間で連帯保証契約を締結したためであったというのであるから、Xの主張するとおりの事実関係が認められるのであれば、前訴に関し、Xとその同居者であるAとの間には事実上の利害関係の対立があり、AがXあての訴訟関係書類をXに交付することを期待することができない場合であったというべきである。したがって、実際に本件訴状等がAからXに交付されず、そのためにXが前訴が提起されていることを知らないまま前訴判決がされたのであれば、前訴判決には民訴法三三八条一項三号の再審事由が認められるというべきである。」

最高裁は以上のように判示し、事件を東京高裁に差し戻した。

【評釈】決定要旨の結論には賛成であるが、理由づけには疑問がある。

一 はじめに

送達は、民事訴訟において、訴状、判決正本をはじめとする各種の訴訟関係書類をその名宛人に法定の方式で送り届けるための手続であり、通常は送達実施機関たる郵便業務従事者または執行官（民事訴訟法九九条。以下、民事訴訟法の条文を示す場合は、条文数のみで示す）が送達名宛人に送達書類を直接交付する交付送達（一〇一条）の形式で行われる。しかし、送達をすべき場所（就業場所を除く）において送達実施機関が受送達者に出会わない場合、受送達者の同居者等であつて、書類の受領につき相当のわきまえのある者に送達書類を交付することにより送達の効力を生じさせるという、補充送達（一〇六条一項。旧一七一条一項）が認められている。

この補充送達に関しては、ある者の同居者がその名義を冒用して契約を締結し、その契約に関して、名義を冒用された者を被告とする訴訟が提起された場合に、名義を冒用された者宛の送達書類につき同居者が補充送達を受けたものの、当

該同居者が名義冒用の事実の発覚を恐れて当該送達書類を隠匿するということが起こりうる。その結果、名義を冒用された者が知らない間に自らにとって不利な判決等がなされ、それから時間が経った後、名義を冒用された者が何らかの機会に、同居者による名義冒用の事実や、自らに不利な判決等がなされたという事実を知ることがある。この場合に、名義を冒用された者と事実上の利害関係を有することになる同居者への補充送達が有効なものとして認められるかどうかという点や、自らにとって不利な判決等がなされた、名義を冒用された者に対する救済手段としてどのようなものが考えられるのかという点が問題になる。そして、この救済手段の一つとして、三三八条一項三号（旧四二〇条一項三号）の再審事由を主張して、再審の訴えを提起することが考えられる。

本決定は、^①名義を冒用された者と同居者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、同居者への補充送達は送達として有効である点を、最高裁として初めて明らかにした点、^②三三八条一項三号の再審事由の存否は、訴状送達の有効無効にかかわらず、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という観点から判断されなければならぬ旨を明らかにした点に意義があると考えられ

る。

以下では、本決定の内容、およびその射程等について分析を進めていくが、まず、二では、名義を冒用された者（受送達者）と同居者との間に事実上の利害関係が存在する場合の補充送達の効力、および受送達者の救済手段が問題となった従来の裁判例の動向を概観し、分析を行う。次に、二での分析を踏まえて、三では、受送達者と同居者との間に事実上の利害関係が存在する場合の補充送達の効力、および受送達者の救済手段に関する本決定の判示について検討する。最後に四では、本決定の射程に関する検討を行うことにしたい。

二 受送達者と訴訟関係書類を受領した同居者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力、および受送達者の救済手段が問題となった従来の裁判例

受送達者と訴訟関係書類を受領した同居者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力、および受送達者の救済手段が問題となった裁判例は、最高裁判例も含めて九件存在するが、ここでは、この九件の裁判例を紹介したうえで、従来の裁判例における、受送達者・同居者間に

料 事実上の利害関係が存在する場合の補充送達の効力、および、結果として訴訟手続に参与する機会を奪われた受送達者の救済手段に関する判断を整理して、本決定の分析のための手がかりをつかむことにする。

1 裁判例の紹介

※ここでの「判旨」「決定要旨」の文中の「／」（スラッシュ）は、原文では改行されている部分を示す。

(1) 東京地判昭和四十九年九月四日（判タ三一五号二八四頁）

「事実の概要」

Y（被告・控訴人）の妻Aが、Yに無断で、Y所有の土地建物を担保に供して、Y名義で金融業者Bから融資を受けた。Bは本件土地建物を金融業者Cに譲渡担保に供し、さらにCがこれを転売した結果、X（原告・被控訴人）が本件土地建物を取得した。そこで、XはYを相手取って、本件土地建物の明渡しを求める訴えを原審（立川簡裁）に提起した。

本件訴訟の訴状・口頭弁論期日呼出状はY方に送達されたが、Yが不在であったため、Aの母親が受領し、開封されることなくAに手渡された。しかし、Aは、前記事実がYに知られることを恐れて、訴状等をYに渡さなかった。原審はY

不出頭のまま口頭弁論を開き、Xの訴状陳述の後、直ちに弁論を終結し、その一週間後にX・Y不出頭のまま、Xの請求を認容する判決を言い渡した。判決正本が昭和四十七年二月二七日Y方に送達され、Y不在のためAが受領したが、やはりAは前記判決正本をYに渡さなかった。その後Aは昭和四十八年三月三日に至って、一切をYに打ち明けたため、初めてYは本件訴訟の経緯を知り、同年三月五日、控訴を提起した。これに対し、Xは、原判決は控訴期間の徒過によりすでに確定しているから、Yの控訴提起は不適法であるとして争った。

「判旨」破棄差戻し

「訴訟手続における送達は、原則として当事者本人に対してなされるべきものであるが、民訴法一七一条は、その例外の場合として、送達場所において受送達者に出不合わない場合には事務員、雇人または同居者にして事理を弁識するに足る知能を具える者に交付することができる（補充送達）旨規定する。右規定の趣意とするところは、事務員、雇人、同居者に対して送達書類を交付すれば、通常の場合その者から受送達者本人に交付されることが期待でき、送達の目的を達することができるとにあると解されるが、右の者が、受送達者

本人と利害相反する関係にあることなどの理由によ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、この者が故意にこれを受送達者本人に交付することなく秘匿したような場合には、民訴法一七一条による送達の効力は生じないものと解するのが相当である。」

本判決は、このように判示したうえで、Aには本件訴訟に関する書類をYに渡すことを期待しえない事情があり、現にYに判決正本を交付していなかったから、原判決は有効にYに送達されていなかったとして、Yの控訴提起を適法と判断した。また、原審の手続についても、訴状・口頭弁論呼出状が有効に送達されておらず、したがって、原審の手続は違法であると判断した。

(2) 釧路簡判昭和六一年八月二八日 (NBL四三三三号四〇頁)

「事実の概要」

Y株式会社(再審被告)は、X(再審原告)との間で、訴外B電器有限会社に対するXの商品代金債務二五万五〇〇〇円をYが支払い、Xがこれに手数料を加えた計三十一万一一〇〇円を二四回に分割してYに支払う旨の立替払契約を締結したが、Xが前記割賦金の支払いを遅滞したとして、残額二三

万二二〇〇円と遅延損害金の支払いを求めて、昭和六〇年八月二一日、釧路簡裁に支払命令を申し立てた。

ところで、前記立替払契約は、Xの妻訴外AがXの知らない間にXの氏名・印章を冒用して締結したものであった。そして、釧路簡裁は昭和六〇年八月二七日に支払命令をなし、その支払命令正本は同月二八日にX宅に送達されたものの、AがXの同居人としてこれを受領し、Aは前記氏名冒用の事実が発覚することを恐れ、故意にこれを隠匿していた。この支払命令に対してXからの異議申立がなされなかったため、Yの申立により、釧路簡裁は同年九月一八日に仮執行宣言をなし、その仮執行宣言付支払命令正本は同年一〇月四日、Xに対し、書留郵便に付する方法により送達され、これに対しても異議申立がなかったため、同年一〇月一八日、支払命令が確定した。

これに対してXは、送達書類を一度も受領したことがなく、同年一〇月三〇日に、初めて前記支払命令の存在を知ったとして、再審の訴えを提起した。その中でXは、Aの前記氏名冒用の事実、およびAによる送達書類の隠匿の事実を主張したうえで、XとAとは利害が相反し対立関係にあるから、Aには補充送達の受領権限はなく、したがって、前記支払命令

料 には民訴法四二〇条一項三号の再審事由が存在する旨を主張した。

資 「判旨」 仮執行宣言付支払命令取消、Yの本案請求棄却

「……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出会わざるときは、事務員、雇人、又は、同居者にして、事理を弁識するに足るべき知能を具す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つて、受送達者本人に送達書類を交付することが期待できず、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。」

「〔「事実の概要」で記載した事実によれば〕Aには本件支払命令正本をXに交付することを期待しえない特別な事情があ

り、現にAは、送達を受けた右支払命令正本をX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、A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、A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、X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。」

本判決は、このように判示したうえで、Yの本案請求については、これを認めるに足りる証拠がないとして、請求を棄却した。

(3)神戸地判昭和六一年一月二三日(判時一二四七号一一四頁、判タ六三八号二四七頁)

「事実の概要」

X(再審原告、控訴人)の内縁の妻としてXと同居していた訴外Aは、Xの名義を冒用し、Xを連帯保証人としてY信

販株式会社（再審被告、被控訴人）と契約を締結して物品を購入した。その後、Yは、右契約による連帯保証債務について、Yを債権者、Xを債務者とする支払命令を申し立てた。この支払命令は昭和五十七年七月六日に発付され、さらに同月二八日、仮執行宣言を付与され、いずれもそのところに各支払命令正本の送達手続が行われた結果、この仮執行宣言付支払命令は、同年八月末ごろに確定したとされている。

しかし、前記各送達書類は、いずれもX不在のためAが受領したが、Aは事実の発覚を恐れてこれを秘匿していた。Xはその後、前記仮執行宣言付支払命令により給料債権が差押えられるに及んで、初めて前記支払命令の存在を知るに至った。そこでXは、前記事実関係の下ではXとAとは利益相反関係にあり、双方代理を禁じる法の精神からいっても、Aには民訴法一七一条一項所定の補充送達の受領権限が否定されるべきであり、また、前記送達受領権限は法定代理権の一種であるから、本件仮執行宣言付支払命令には民訴法四二〇条一項三号所定の再審事由がある旨を主張し、原審（西宮簡裁）に再審の訴えを提起したが、原審はXの再審請求を棄却した。本判決は、前記再審請求についての控訴事件に関するものである。

〔判旨〕 控訴棄却

「民訴法一七一条一項は、送達名宛人の住所その他一定の場所において、送達がなされる場合において、送達名宛人に出会わなかったときは、事理弁識能力を有する事務員、雇人、同居者に書類を交付することができ旨を定めている。／右規定上、事務員、雇人、同居者には、事理弁識能力を要求されている以外に、何らの制限もないけれども、それらの者が送達名宛人にとって訴訟の相手方である場合には、双方代理が禁止されている法の趣旨に鑑み、送達受領権限が否定されると解すべきであり、このような解釈は一般的にも認められているところである。／しかしながら、右の場合と異なり、事務員、雇人、同居者が、送達された事件について事実上の利害関係を有しているにとどまる場合には、その利害が送達名宛人の利害と対立するような場合であっても、その送達受領権限は否定されないものと解するのが相当である。／けだし、送達受領権限の有無は、送達の有効、無効と直接結びつくものであるから、当該送達手続に関し、送達受領者が受送達者にとって訴訟の相手方である場合など双方代理の関係にあることが行為者の外形からみて客観的、明瞭に判定できるものでなければならぬ。しかるに、前記の『事実上の利害関係』

料 といった、受領行為者の動機や目的についての事情は、当該送達を行う裁判所その他送達機関にとって外形からみて明らかになっっていることは全くないであろうから、そのような存

否の明らかでない事情の有無によって送達の効力が左右されるときは、手続の安定を著しく欠く結果となつて、妥当ではないゆえにである。」

本判決は、このように判示し、仮にXの主張するようなAの氏名冒用等の事実があつたとしても、Aの補充送達受領権を否定することはできないとして、Xの控訴を棄却した。

ただし、本判決は、仮にX主張のとおり的事实があつて、本件支払命令に対し異議申立をする機会が奪われていたとしても、民訴法四二〇条一項五号（現行法三三八条一項五号）に基づく再審請求、あるいは、自己の責に帰すべからざる事由により異議申立期間を遵守できなかったとして、民訴法一五九条（現行法九七条）に基づく異議申立の追完をなす余地もあるから、前記判旨のように解釈してもXの利益を無視するものではないとも判示している。

(4)名古屋地決昭和六二年一月一六日（判時一二七三号八七頁、判タ六六九号二一七頁）⁽²⁾

「事実の概要」

訴外Aは、妻であるX（抗告人、申立人）に無断で、自己を会員、Xを家族会員として、Y株式会社（相手方、相手方）との間で、会員および家族会員が相互に連帯してクレジットカードの使用による債務全額を支払う旨のクレジットカード使用契約を締結し、前記クレジットカードの使用によりYに対し立替金、借入金および手数料債務合計金八万五四一五〇円を負担したが、前記各債務のうち、合計金三万四二七六円の支払をしなかった。

そこでYは、前記クレジットカード使用契約に基づき、自己を債権者、A・Xを債務者とする支払命令を申し立て、昭和六一年一〇月三十一日、前記未払債務等についての支払命令がなされた。X宛の本件支払命令正本は、X不在のため、同居者であるAが受領したが、AはXに無断で前記クレジットカード使用契約を締結したことの発覚を恐れ、これをXに交付しなかった。また、同年一月二八日、本件支払命令につき仮執行宣言が付され、X宛の本件仮執行宣言付支払命令正本についても、X不在のためAが受領したが、Aは前記の事

情から、これもXに交付しなかった。

Xはその後、Yから支払催告に関する通知状を受け取り、これをきつかけとするYへの問い合わせにより、昭和六二年八月一九日、初めて自己宛の支払命令が発せられていることを知った。そこで、Xは同年八月二〇日、本件支払命令について異議申立をなしたが、原審（愛知中村簡裁）は、異議申立期間経過後の異議申立であることを理由として、これを却下した。そのためXは、X宛に適法な送達がなされていないこと、異議申立の追完が認められるべきであることを主張して、抗告をなした。

「決定要旨」 破棄差戻し

「送達名宛人の同居者は、送達書類の受領について、法定代理権を有する（民訴法一七一条一項）と解すべきであるので、同居者が、右書類送達のされた訴訟で送達名宛人の相手方又はそれに準ずる者となり、双方代理禁止の原則から送達書類受領権限そのものを否定される場合は格別、同居者に対し、同条所定の送達された以上、同人が送達名宛人に対し送達書類を交付せず右送達の実事も告知しなかったとしても、右送達は同条により有効にされたものと解すべきである。／＼として、本件事案は、同居者たるAと送達名宛人たるX間に本

件債務につき事実上の利害の対立があるに過ぎず、右両名が、本件送達のされた訴訟において、互いに相手方又はそれに準ずる地位に立つ者ではないので、双方代理禁止の原則から同居者の書類受領権限を否定すべき場合とは認め難く、右Aに対する送達は民訴法一七一条一項により有効であると解すべきである。」

本決定は、このように判示したうえで、Xが異議申立期間を遵守できなかったことについては、AがXに無断でクレジットカード使用契約を締結したことがXに知られることを恐れて送達書類の隠匿を行ったという、Xの責に帰すべからざる事由によるものであるとして、追完による本件異議申立は適法であると認めた。

(5) 札幌簡判平成二年一月二五日（NBL四五四号四三頁）

「事実の概要」

Y株式会社（再審被告、前訴原告）は、X（再審原告、前诉被告）がYの発行したクレジットカードを利用してYの加盟店から購入した日用品等の代金一〇万六八〇〇円を立替払したが、Xがその立替金とこれに手数料を加えた割賦金の支払を怠ったとして、その残金七万九六五二円と遅延損害金の

料 支払を求めて、昭和六一年三月二七日、札幌簡裁に前訴を提起した。

資 ところで、前記クレジットカードにかかる立替払契約は、

Xの妻訴外AがXの氏名・印鑑を冒用して締結したものであった。そして、前訴の訴状・第一回口頭弁論期日呼出状の送達はX不在のため奏功しなかった。そのため、裁判所からY宛にXの就業場所につき照会がなされたところ、YはXの勤務先を調べたがわからない旨回答したため、裁判所は前記書類につき付郵便送達を実施したが、X不在のため裁判所に返送された。

前訴の第一回期日は同年五月九日に開かれたが、X欠席のまま弁論が終結され、同月三〇日、Yの請求を認容する前訴判決が言い渡された。前訴判決正本は同年六月二日、Xの住所にてAが同居人として受領したが、Aは前記氏名冒用等の事実の発覚を恐れて、これを隠匿しXに交付しなかった。

Xは昭和六二年一〇月五日、弁護士を通じて裁判所の訴訟記録を閲覧し、初めて前訴の存在を知ったとして、札幌簡裁に期日指定の申立てをなしたが、この申立てを却下された。そこでXは、①訴状等につき違法な付郵便送達がなされたため、Xは手続関与の機会を保障されなかったから、民訴法四

二〇条一項三号の再審事由に該当する、②AがX宛の判決正本を同居人として受領しながら、故意にこれを隠匿し、Xに交付しておらず、AとXとは利害が相反し対立関係にあるから、AにはX宛の送達書類につき補充送達の受領権限はなく、代理権の欠缺として民訴法四二〇条一項三号の再審事由に該当するなど主張して、本件再審の訴えを提起し、前訴判決の取消とYの請求を棄却する旨の判決を求めた。

〔判旨〕再審の訴え却下

本判決は、Xの主張①を認め再審事由ありとしたが、Aの送達受領権限を認め、判決正本が有効に送達されたと判示したうえで、前記再審事由も含め不服申立は上訴によってなすべきであるとして、本件再審の訴えは民訴法四二〇条一項但書後段により不適法であるとした。本判決中、Aの補充送達受領権限について判示した部分は次のとおりである。

「同居人について補充送達の受領権限が否定されるのは、同居人が送達の名宛人にとって訴訟の相手方である場合に限られ、単に事件につき事実上の利害関係を有するにすぎない場合は、その利害が送達の名宛人と対立する場合でも送達受領権限は否定されないと解するのが相当である。けだし事実上の利害関係の如きその事情の存否が明らかでないのに、右事

情によって送達の効力が左右されるとすると、手続の安定を欠くことになるからである。／〔「事実の概要」で記載した〕事実を前提としても、右事実は事実上の利害関係を有するにすぎないから、原判決正本が同居人で、妻であるAが原判決正本を受領している以上、原判決正本はXに有効に送達されたと解すべきである。」

なお、本判決は、仮にX主張のとおり的事实があったとしても、上訴の追完をなしたし、また、民訴法四二〇条一項五号の再審事由もあつたから、しかるべき救済手段をとれたはずである旨も判示している。

(6) 東京地判平成三年五月二二日（判時一四〇〇号八四頁、判タ七六七号二四九頁）

〔「事実の概要」〕

本判決は、前記裁判例(5)と同一の事案について、X(原告)が、前訴においてYがXの就業場所を熟知していたにもかかわらず早期に債務名義を得るためにXの就業先不明との虚偽の回答をなし、裁判所もこれを受けて必要な調査もせず直ちに前訴の訴状・第一回口頭弁論期日呼出状につき付郵便送達を実施したために、裁判を受ける権利を奪われ、本来支払義

務のない債務の支払を余儀なくされたと主張して、Yと国を相手どり提起した、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟に対するものである。

〔「判旨」請求棄却〕

東京地裁は、Xの請求を棄却したが、この判決の中の、Xが敗訴判決を受けたことによる損害を被ったか否かについて判断している部分で、前訴判決正本についてのAの補充送達受領権限につき論じられている。その部分の判示は次のとおりである。

「(裁判例(5)の「事実の概要」で記載したとおりの) 事実経過であつたとしても本件で受送達者(X)と同居者(A)とが利益相反関係にあるとは認められず、XとAとの利害の対立は事実上のものにすぎないから、補充送達の趣旨からいつて、Aの送達受領資格を否定することはできず、右各判決正本は有効に原告に送達されたものと認めるべきである。」

本判決はその後で、原告が判決正本の存在を知った日から一週間の期間内に控訴の追完をなした旨を判示している。

(7) 大阪高判平成四年二月二七日（判タ七九三号二六八頁）⁽³⁾

〔「事実の概要」〕

本件は、X（原告、被控訴人）がY（被告、控訴人）から土地を二〇〇万円で買い受けたとして、Yに対し所有権移転登記手続および土地の明渡しを求めた事件である。

ところで、本件土地の売買は、実際にはYの妻である訴外A（後に死亡、判旨では「亡A」と記載）がYに無断で、金融業者であるXから金員を借り入れたりした際に、譲渡担保に供するためにYの印鑑を冒用してなされたものであった。そして、原審（大阪地裁）の訴状副本、最初の口頭弁論期日呼出状および答弁書催告書は昭和五七年三月二四日に執行官送達により送達され、Aが送達書類を受領したが、Aはこれを秘匿した。原審は昭和五七年四月二日、口頭弁論期日においてY不出頭のまま弁論を開き、Xの訴状陳述の後弁論を終結し、同年五月一日の判決言渡期日に当事者双方不出頭のまま、X勝訴の判決を下した。原判決正本の送達は同年五月一四日、特別送達により送達され、Aが送達書類を受領したが、Aはやはりこれを秘匿した。

その後Yは、Xとの別件訴訟におけるXの準備書面によって初めて原判決の存在を知り、平成二年四月二七日、大阪高裁に控訴を提起した。これに対してXは、Aへの送達は民法一七一条一項により補充送達として有効であり、したがっ

て、Yの控訴提起は控訴期間徒過後になされたものであり、却下されるべきである旨等を主張した。

〔判旨〕破棄差戻し

「補充送達の制度が定められている趣旨は、送達の原則は交付送達であるが、送達の実施に際して受送達者に出会わない場合に、事務員、雇人又は同居者であればその者に送達書類を交付すれば遅滞なく受送達者にこれが届けられることが通常期待されるのでこれらの者にこれを交付することにより送達の効果を承認して、できるだけ迅速な送達という送達制度のひとつの目的を達成するところにあると解すべきであるが、他方確実な送達ということも送達制度の目的の一つであることから考えると、これらの目的の調和のなかに補充送達の効力を検討しなければならない。そして、その検討は実質的な考量に基づいてなすべきであり、補充送達を法定代理といった法律概念に枠付けすることによってなされるべきものではない。また、送達の効力の検討に際して、法的安定性を確保するためとして外形からみるべきであると論じることが取引行為ではない送達についての議論としては相当でない。それゆえ、実質的に検討して右の補充送達制度が予定している前提を欠く場合にはその効力を否定すべきであるといわな

ければならない。そうすると、事務員、雇人又は同居者に対して送達書類の交付があっても、受送達者とこれらの者との間に実質上の利害関係の対立があつてその当時の状況からみて送達書類を受領したら遅滞なく受送達者に届けることを通常期待できる事情にない場合には補充送達の効力を否定すべきである。」

本判決はこのように判示し、亡Aには受送達者であるYに送達書類が交付されることを期待することはできないものといわなければならない旨を述べ、Yが未だ原判決正本の送達を受けていないとして、Yの控訴提起を適法であると判断した。また、本判決は、原審訴状副本、答弁書催告状、および口頭弁論期日呼出状の送達についても、原判決正本に関する補充送達の効力と同様の理由により、その効力はないとし、Yに対するこれらの送達書類の送達なくして実施された口頭弁論に基づきなされた原判決の手続は違法である旨を判示し、原判決を破棄し事件を原審に差し戻す旨の判断をなした。

(8)最(一小)判平成四年九月一〇日(民集四六卷六号五五三頁)⁽⁴⁾

〔事実の概要〕

X(再審原告、被控訴人、上告人、前诉被告)の妻であつ

た訴外Aは、Xの氏名を冒用して、Xの名でY信販株式会社(再審被告、控訴人、被上告人、前訴原告)の特約店から買い受けた商品の代金につき、Yとの間で、Xを主債務者、Aを連帯保証人とする立替払契約を締結した。この立替払契約に基づいて前記商品代金を立て替えて支払ったYがXに対して、立替金および約定手数料の残額、ならびにこれに対する遅延損害金の支払いを求めて前訴を提起した。

Xの四女訴外B(当時七歳九月)は、昭和五五年一〇月四日、X方において前訴の訴状、第一回口頭弁論期日呼出状の交付を受けたが、Xに前記各書類を交付しなかった。Xが前訴提起の事実を知らないまま、前訴の第一回口頭弁論期日に欠席したところ、口頭弁論は終結され、XがYの主張する請求原因事実を自白したものととして、Yの請求を認容する判決が言い渡された。

Aは昭和五五年一月三日、Xの同居者として前訴の判決言渡期日の呼出状の交付を受け、また、同月一七日に前訴判決正本の交付を受けたが、Aはこれらの事実をXに知らせず、各送達書類も隠匿してしまったため、Xが前訴判決に対して控訴することなく、前訴判決は確定した。

Xは平成元年五月、Yから本件立替金を支払うよう請求さ

料

資

れて、調査した結果、前訴確定判決の存在を知るに至った。そこでXは、前訴判決につき民訴法四二〇条一項三号の再審事由が存在するとして、再審の訴えを提起した。原々審（松山地裁今治支部）は、当時七歳九月であったBの補充送達受領能力を否定し、Bに交付された訴状等の送達が無効であるとして前訴確定判決を取り消し、YのXに対する立替金請求を棄却する判決をなした。これに対し、原審（高松高裁）は、Bに対する訴状等の補充送達が無効であるという判断は維持したものの、前訴の判決正本についてはXの同居者であるAが交付を受けたのであり、補充送達として有効であると判断したうえで、Xは前訴の判決正本の送達を受けた時点で前訴の訴状等の送達の瑕疵を知ったものとみられるから、訴状等の送達の瑕疵を理由とする不服申立は控訴によつてすることができたものといわざるをえないとして、民訴法四二〇条一項但書によりXの再審の訴えは不適法であると判断し、原々審判決を取り消し、Xの再審の訴えを却下した。そのため、Xは最高裁に上告をなした。

「判旨」破棄差戻し

最高裁は、Bに対する訴状等の補充送達が無効であるという判断は維持したものの、以下のように判示して、原判決を

破棄し、高松高裁に差し戻した。

「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、再審事由を現実には了知することができなかっ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。けだし、同項ただし書の趣旨は、再審の訴えが上訴をすることができなくなった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であつたにもかかわらずをしなかつた者について再審の訴えによる不服申立てを否定するものであるからである。これを本件についてみるのに、前訴の判決は、その正本が有効に送達されて確定したものであるが、Xは、前訴の訴状が有効に送達されず、その故に前訴に関与する機会を与えられなかつたとの前記再審事由を現実には了知することができなかつたのであるから、右判決に対して控訴しなかつたことをもつて、同項ただし書に規定する場合に当たる

とすることはできないものというべきである。」

(9)東京高判平成六年五月三〇日(判時一五〇四号九三頁)⁽⁵⁾

〔事実の概要〕

Y(被告、控訴人)は妻および長男Aと同居していた。Aは、Yに無断でYの実印、印鑑手帳およびY所有の土地の登記済権利証を持ち出したうえ、Yの名義を冒用して、AのX協同組合(原告、被控訴人)に対する借入金等債務を担保するため、Y所有の土地に極度額一〇〇〇万円の根抵当権を設定するとともに、前記極度額の範囲内でAの債務につき連帯保証する旨の契約証書を作成し、Xから計一〇〇〇万円を借り受けたが、弁済期限までにその弁済を行わなかった。そこでXは、A・Yに対し、連帯して貸付金一〇〇〇万円を支払うことを求める訴えを提起した。

Yに対する訴状および第一回口頭弁論期日呼出状は、平成五年四月一四日、特別送達郵便で発送され、Aが同居者としてこれを受領したが、Aは前記送達の実事をYに伝えず、送達書類も秘匿した。その後、A・Yが原審(長野地裁)の第一回口頭弁論期日に出頭しなかったため、同年五月三十一日、X勝訴の判決が言い渡された。Y宛の原判決正本は特別送達

郵便で発送され、同年六月七日、Aが同居者としてこれを受領したが、Aはやはり送達の実事をYに伝えず、送達書類も秘匿した。

Yは同年八月一五日、Aが一億円を超える巨額の借金等を負っていることや、Xから差押えを受け競売手続が進行中であることを知らされた。そして、B弁護士にY名義の負債整理を委任したが、その際Yは、本件原判決がすでに言い渡されていることを知らされ、さらに、同月二三日、Yは本件訴訟記録のうち送達報告書を謄写して判決等の送達の実事を確認した同弁護士からその旨を告げられた。Yは前記判決に対する不服申立を同弁護士に依頼したが、訴訟費用等を負担する資力がないうとして、これを断られた。そこでYは、同弁護士に勧められた法律扶助協会の扶助を受けることとして直ちにその申込みをし、同年九月一〇日頃、前記扶助を与える旨の決定の通知を受け、同日、C弁護士に本件控訴の提起等を委任し、本件訴訟記録の全部を閲覧した同弁護士を通じて初めて本件原判決の内容を明確に知り、本件控訴を提起した。

なお、Yは同年七月三〇日で満八〇歳に達し、当時、視力や聴力が相当に衰え、記憶力や思考力も低下していた。

〔判旨〕 破棄差戻し

「〔事実の概要〕で記載した）事実によれば、Yに対する本件の訴状、期日呼出状、判決等は、いずれも、Yがその住所地に不在であったため、同住所地又は郵便局窓口において、Yの同居人である……息子Aに対し適法に交付されているのであるから、民事訴訟法一七一条所定のいわゆる補充送達としてYに対し適法に送達されたものというべきである。／＼Yは、YとAの間には事実上の利害対立関係があるから、Aに対する書類の交付は、Yに対する補充送達としての効力が無い旨主張する。しかしながら、送達機関が、送達を実施するに際し、送達名宛人と同居者との間の事実上の利害関係の有無を、外形から明瞭に判定することは極めて困難であり、そのように外形上客観的に明らかでない事情によって送達の効力が左右されることがは、手続の安定を著しく害することとなるから、右両者間に事実上の利害の対立関係がある場合であっても、同居者の送達受領権限は否定されないものと解するのが相当である。／＼そうすると、平成五年九月一〇日に提起された本件控訴は、判決送達の日である同年六月七日からすでに三か月以上を経過し通常の控訴期間が過ぎた後に申し立てられたこととなる。」

「〔事実の概要〕で記載した）諸事実を総合的に考慮すると、

Yは、その責めに帰すべからざる事由により控訴期間を遵守することができなかったものというべきである。」

「〔事実の概要〕で記載した）諸事情に照らすと、判決の言渡しを知らなかったことにつきYに過失があったとまでは認定し難いし、また、Yが法律扶助決定の通知を受けて訴訟代理人弁護士を委任しうる状態となった平成五年九月一〇日をもって、民事訴訟法一五九条にいう「事由の止みたる」ときと認めるのが相当である。／＼そうすると、本件控訴は、民事訴訟法一五九条一項の追完により適法に申立てされたものというべきである。」

本判決はこのように判示し、Yによる控訴の追完を適法と認めたうえで、事件を原審に差し戻した。

2 整理^⑥

(1)同居者の補充送達受領権限、補充送達の効力について

1で概観した九件の裁判例について、まず、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力に関する判断をみてみると、裁判例(3)、(4)、(5)、(6)、(8)、(9)が同居者への補充送達を有効であると判断しており、裁判例(1)、(2)、(7)が同居者への

補充送達を無効であると判断している。

このうち、同居者への補充送達を有効とする裁判例の判断の理由づけをみると、裁判例(4)、(6)は、同居者が訴訟における相手方またはこれに準じる者である場合には双方代理禁止の原則から当該同居者の補充送達受領権限が否定されることを前提としたうえで、当該事件においては受送達者と同居者との利害対立が事実上のものにすぎないため、同居者の補充送達受領権限は否定されず、補充送達が有効である旨の理由づけをなしている。これに対して、裁判例(3)、(5)、(9)は、同居者が訴訟における相手方またはこれに準じる者である場合には双方代理禁止の原則から当該同居者の補充送達受領権限が否定されることを前提とする点は前記の裁判例(4)、(6)と共通するが、それに続けて、受送達者と同居者との間に事実上の利害関係が存在するにすぎない場合に同居者の補充送達受領権限を認める根拠として、受送達者と同居者との間に事実上の利害関係の対立があることという、送達機関等にとって外形からみてその存否が明らかにならないような事情により同居者の補充送達受領権限および送達の効力が左右されるとすると、手続の安定を欠くことになるという、より具体的な理由づけをなしている。なお、裁判例(8)は最高裁判例である

が、同居者への前訴判決正本の補充送達については、「前訴の判決は、その正本が有効に送達されて確定したものであるが……」としか判示しておらず、補充送達が有効とされる理由を特に論じているわけではない。しかし、この裁判例が訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力に関して有効説を採用したものであるとの理解の下に、裁判所書記官による送達事務が行われており、実務上は有効説が有力になつていた。⁽⁸⁾ 裁判例(9)は、このような状況の中で、有効説を採用したものと考えられる。

これに対して、同居者への補充送達を無効とする裁判例の判断の理由づけをみると、裁判例(1)、(2)は、受送達者本人に訴訟関係書類を交付できない場合であっても、本人と一定の密接な関係のある者(事務員、雇人、同居者)に当該書類を交付すれば、通常の場合その者が当該書類を受送達者本人に交付することが期待でき、それによって送達の目的を達成できるという点に補充送達の制度趣旨を求めたうえで、その者に特別な事情(受送達者と利害の対立があることなど)⁽⁹⁾があつて、受送達者本人に送達書類を交付することなく隠匿などを行つた場合については、その者の補充送達受領権限が否定さ

料
れる（したがって、補充送達が無効となる）ものと解するの
が相当であるとの理由づけをなしている。これに対して、裁
判例(7)は、裁判例(1)、(2)がその理由づけとしている補充送達
の制度趣旨を、「迅速な送達」という送達制度の一つの目的を

達成するためのものとして捉えるが、他方で「確実な送達」
もまた送達制度の目的であるとして、これらの目的の調和の
中で補充送達の効力を検討しなければならなかったというえ
で、その検討においては、法定代理といった法律概念による
枠付けや、法的安定性の確保のため外形からみるべきとの議
論によるのではなく、実質的な考量に基づいてなすべきであ
るという、より具体的な理由づけを行っている。そして、裁
判例(7)は、この理由づけを前提に、同居者と受送達者との間
に実質上の利害関係があり、同居者が送達書類の交付を受け
ても、これを受送達者に遅滞なく届けることを通常期待でき
ない場合には補充送達の効力を否定すべきであるとする。

(2) 受送達者の救済手段

受送達者と事実上の利害関係のある同居者が補充送達を受
けた受送達者宛の送達書類を隠匿したことによって、自らが
当事者とされている訴訟手続等に関与できなかった受送達者

の救済手段については、補充送達の効力を有効と解するか無
効と解するかに関係なく、1で紹介した全ての裁判例が、具
体的な手段を示唆するか、あるいは、実際に具体的な手段を
用いることによる受送達者の救済を行っている。ここでは、
各裁判例が示唆した、あるいは実際に受送達者の救済のため
に用いた救済手段について整理する。その際、同居者の補充
送達受領権限を肯定し、補充送達が有効であると解する裁判
例の中には、前訴の訴訟関係書類の全てにつき同居者への補
充送達がなされ、それらの補充送達が有効とされている場合
(裁判例(3)、(4)、(9))と、前訴の訴状については無効な付郵便
送達や補充送達によって送達がなされているが、前訴の判決
期日呼出状、もしくは判決正本については補充送達が有効に
なされているとする場合(裁判例(5)、(6)、(8))とが存在する
ことに留意が必要であると思われる。なお、同居者の補充送
達受領権限を否定し、補充送達が無効であると解する裁判例
(裁判例(1)、(2)、(7))は、いずれも、前訴の訴訟関係書類の全
てにつき同居者への補充送達がなされている。

まず、同居者の補充送達受領権限を肯定し、補充送達が有
効であると解する裁判例のうち、前訴の訴訟関係書類の全て
につき補充送達がなされた裁判例をみると、裁判例(3)は旧四

二〇条一項三号に基づく再審請求を認めなかったが、旧四二〇条一項五号に基づく再審の訴え、もしくは異議申立の追完が救済手段として利用しえたとする。また、裁判例(4)・(9)は、受送達者がなした異議申立の追完、あるいは控訴の追完を適法であるとして、受送達者の救済を図っている。

一方、同居者の補充送達受領権限を肯定し、補充送達が有効であると解する裁判例のうち、前訴の判決期日呼出状、あるいは判決正本についてのみ同居者等への補充送達がなされた裁判例をみると、まず、裁判例(5)は、旧四二〇条一項三号に基づく再審の訴えを認めなかったが、上訴の追完、もしくは旧四二〇条一項五号に基づく再審の訴えが救済手段として利用しえたとする。次に、裁判例(6)は、裁判例(5)と同一の事案についての損害賠償請求に対する判決の中で同居者の前訴判決の補充送達受領権限について判断が行われているものであるが、そこでは、控訴の追完が救済手段として利用しえたとする。また、裁判例(8)は、前訴訴状、第一回口頭弁論期日呼出状の送達が補充送達の受領能力を欠く者(当時七歳九月であったXの四女)になされ、無効であるとされたものの、前訴判決言渡期日の呼出状および前訴判決正本の補充送達は有効であるとされたものであるが、受送達者が前訴の手續に

関与する機会を与えられなかったことを理由に、受送達者による旧四二〇条一項三号に基づく再審の訴えを適法と認め、受送達者の救済を図っている。

これに対し、同居者の補充送達受領権限を否定し、補充送達が無効であると解する裁判例のうち、まず、裁判例(1)、(7)は、判決正本の補充送達が無効であることを前提に、裁判例(1)では送達から約二か月後、裁判例(7)では送達から約八年後に提起された控訴を適法とした。次に、裁判例(2)は、補充送達受領者が受送達者の法定代理人であるとの理解を前提に、受送達者が訴訟上適法に代理されなかったとして、旧四二〇条一項三号に基づく再審の訴えを適法とした。

三 本決定の検討

1 受送達者と訴訟関係書類を受領した同居者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力

一〇六条一項で規定される補充送達という制度の趣旨は、受送達者への交付送達ができない場合(送達実施機関が受送達者に出会わない場合)に、受送達者と一定の密接な関係に立ち、その者に送達書類を交付すれば、近接する時期に受送達者がその内容を了知することが確実に期待できる者がいる

料 場合に、その者に送達書類を交付することによって送達が完成するものとしたという点に求められる。⁽¹⁰⁾ 補充送達における送達受領権限を有する者を「代人」または「補充送達受領資格者」と呼ぶが、その資格については、その者への訴訟関係書類の交付により送達が完了するという点に着目して、一種

の法定代理人と解する考え方が学説では多数説となっている。⁽¹¹⁾ そして、双方代理を禁止する観点から、代人と受送達者とが訴訟の原告・被告、またはこれに準じる関係にある場合には、当該代人の補充送達受領権限が否定されることが一般に承認されている。⁽¹²⁾ これに対して、本決定で問題となったような、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達の効力については、従来の下級審裁判例では、二 2 (1)でみてきたように、有効説を採るものと無効説を採るものがあつたが、最高裁判例である裁判例(8)が、特に理由を示していないとはいえ、有効説を採るような判示をしたことから、以後の実務では有効説を前提としていた。⁽¹³⁾ また、学説においても、有効説を採るものと無効説を採るものがあつた。⁽¹⁴⁾

このような状況の中で、本決定は、最高裁としては初めて、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の

利害関係が存在する場合における補充送達の効力について有効説を採用することを明示した。しかし、その理由としては、最(二小)判昭和四五年五月二二日(裁判集民事九九号二〇一頁)を引用して、一〇六条一項が、送達場所で受送達者に出会わない場合に、「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」に送達書類を交付すれば受送達者への送達の効力が生ずるものとしており、その後送達書類が受送達者に交付されたか否かなどといった事項は送達の効力に影響を及ぼすものではない旨を示しているだけである。⁽¹⁵⁾ しかし、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在する場合と異なつた、補充送達の制度が本来予定している場合と異なる場合の補充送達の効力について有効であると判断する際に、前記のような理由のみを述べるのは、いささか紋切り型に過ぎるのではないだろうか。この点について、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在する場合における補充送達を有効であるとした下級審裁判例のうち、裁判例(3)、(5)、(9)は、受送達者と同居者との間に事実上の利害関係が存在するにすぎない場合に同居者の補充送達受領権限を認める根拠として、受送達者と同居者との間に事

実上の利害関係の対立があることという、送達機関等によって外形からみてその存否が明らかにならないような事情により同居者の補充送達受領権限および送達の効力が左右される⁽¹⁷⁾とする、手続の安定を欠くことになるという、より具体的な理由づけをなしている。しかし、送達事務取扱者たる裁判所書記官、および送達実施機関たる執行官、郵便業務従事者、および原告にとって、確かに、このような外形上明らかでない事情により補充送達の効力が結果的に左右されることは望ましくないともいえる。だが、補充送達という、送達書類の受送達者への現実の交付が必ずしも保障されていない手続においては、送達事務取扱者、送達実施機関、および原告に対しては、いわゆる行為規範としては、交付送達が実施できない場合に補充送達によって送達を擬制して、とりあえず手続を先に進めることを認めてもよいとしても、その補充送達の効力が事後的に問題となる場合に、その効力を評価することはまた別の問題ではないだろうか。⁽¹⁶⁾また、送達事務取扱者、送達実施機関、原告がなすべきことを行っており、かつ、被告に帰責性がなくても、後になつて手続が覆滅させられる可能性は、三三八条一項五号の再審事由が予定しているところである。⁽¹⁷⁾そして、このような場合の補充送達の効力の評価に

際しては、やはり、現実には送達書類の交付を受けられず、ゆえに訴訟手続への関与の機会を奪われた受送達者の利益を重点的に考慮しなければならないのではないだろうか。⁽¹⁸⁾この場合、本決定のように、補充送達自体は有効と解しつつ、受送達者が手続に関与する機会を奪われたことをもって三三八条一項三号の再審事由ありとして救済を図るという手段も望ましくないわけではないが、ここでの冒頭で述べた補充送達の制度趣旨から考えれば、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係が存在し、書類が受送達者に交付されなかった場合には、補充送達は無効であると考えるのが望ましいと考えられる。この点で、筆者は、裁判例(7)が判示しているように、補充送達においては、迅速な送達のみならず、確実な送達ということも考慮して、補充送達の制度趣旨を踏まえたうえで実質的に考慮を行うべきであり、したがって、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に実質上の利害関係の対立があつて、その当時の状況からみて送達書類を受領したら遅滞なく受送達者に届けることを通常期待できる事情にない場合には、補充送達を無効と解すべきとする考え方に賛成するものである。

本決定は、訴訟関係書類を受領した同居者と受送達者との間に事実上の利害関係の対立が存在し、訴訟関係書類の全てが受送達者に交付されなかった場合において、補充送達の効力自体は有効としたが、同居者から受送達者に訴訟関係書類が実際に交付されず、受送達者が自らへの訴訟提起を知らないう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として、三三八条一項三号により再審が認められる旨を判示した。この点に関しては、前述の裁判例(8)が、訴状の補充送達を送達受領能力を欠く者になされて、訴状の補充送達が無効とされた事例において、代理権の欠缺という構成をとらず、被告とされた者に訴訟に關与する機会が与えられないまま判決がなされ確定したという事由をもって直接に三三八条一項三号(旧四二〇条一項三号)の再審事由を認めた判断を、補充送達による訴訟関係書類の送達の全てが有効であるが被告への訴訟關与の機会が与えられなかった場合にも拡張したものであると評価できる。⁽²⁰⁾ 筆者も、受送達者の救済を認めた本決定の結論には賛成する。

しかし、筆者は、本件の場合のような、受送達者と事実上

の利害関係の対立がある同居者への補充送達は無効と解すべきと考えるので、この観点からの受送達者の救済手段について考察してみたい。この点に関して、筆者は、送達の瑕疵に基づく判決無効論を提唱する中山幸二教授の見解⁽²¹⁾に与したうえで、受送達者の救済手段を検討する。中山教授は、訴状送達に瑕疵があり被告に訴状が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いうことを前提として、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ため、無効と解すべきであるとする。⁽²²⁾ そして、中山教授は、判決効発生前提としての「訴訟係属」の概念構造につき、わが国の民訴法の母法国であるドイツの議論を参考にして、訴訟係属という概念の二重構造を明らかにする。ドイツでは、「訴訟係属」にあたる概念として、原告が訴状を裁判所に提出した段階で発生する、手続が開始し、裁判所が原告の申立を取り扱っている状態である“Anhängigkeit”と、被告に訴状が送達された段階で成立し、そ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られる“Rechtshängigkeit”⁽²³⁾という二通りの概念があり、後者のRechtshängigkeitの実質は、被告の審問の機会の保障にあるという。そして、訴

状送達に瑕疵があり、その治癒がなされないまま推移した場合、*Rechtshängigkeit*たる訴訟係属が未だ生じておらず、実質的観点からは、被告に審問の機会が一切与えられておらず、被告への手続保障が全部欠落した状態であり、既判力の基礎の欠落と評価できるため、訴状送達の瑕疵が治癒されないまま下された判決は無効と解すべきことになる。⁽²⁴⁾そして、判決が無効であれば既判力が生じないため、このような場合の被告の救済方法⁽²⁵⁾としては、当該判決で認められた実体的法律関係の不存在確認を求める新訴の提起、当該判決に基づく強制執行に対しての、前訴判決の基準時以前の事由を主張しての請求異議の訴え⁽²⁶⁾、判決無効確認の訴え⁽²⁷⁾、三三八条一項三号による再審の訴え⁽²⁸⁾が認められるとする。また、送達の瑕疵に基づく判決無効論に関心を示す別の見解の中には、無効とされる判決について執行文が付与された場合には、被告は執行文付与に対する異議⁽²⁹⁾（民事執行法三二条）を申し立てることができるものや、執行文付与に対する異議の訴え（民事執行法三四条）、および当該無効判決による強制執行についての損害賠償請求を認めるもの⁽³⁰⁾もある。

本稿ではこのように、中山教授の議論を主に概観してきた。一方、本決定のように、同居者への訴状等の補充送達を有効

と解したうえで、訴訟手続への関与の機会が与えられなかった被告を救済するための手段としては、三三八条一項三号に基づく再審の訴え、同条一項五号に基づく再審の訴え、そして、九七条一項に基づく控訴や異議申立の追完が考えられる。これらの手段を検討すると、まず、三三八条一項三号に基づく再審の訴えについては、一方では、再審事由を知った日から三〇日以内という提訴期間制限（三四二条一項）、および、判決確定や再審事由発生から五年という除斥期間（三四二条二項）の縛りを受けない（三四二条三項）という利点があるとはいえ、他方、前訴判決が下された裁判所の専属管轄に服する（三四〇条一項）ため、再審原告（前诉被告）が当該裁判所から遠隔の地に住所等を有する場合には、再審の訴え提起についての負担が重くなることも考えられる。次に、三三八条一項五号に基づく再審の訴えについては、三四二条一項の提訴期間制限、および、三四二条二項所定の、判決確定や再審事由発生から五年という除斥期間の縛りを受けるうえ、現実問題としては、三三八条二項所定の要件（有罪判決等の確定、あるいは、証拠がないこと以外の理由により有罪判決等を得られないこと）を充足することが再審の訴え提起の障害となりうるため、受送達者たる前诉被告の救済のためには

あまり役に立たないのではないかと考えられる。⁽³¹⁾ また、控訴や異議申立の追完については、従来の下級審裁判例でも認められている場合があるとはいえ、通常の民事訴訟手続の場合、被告が実質的に訴訟手続に参与できるのは控訴審からということになる。この場合、任意的差戻し(三〇八条一項)によって事件が第一審裁判所に差し戻される可能性もあるとはいえず、差戻しがなされることが必ず保障されている訳ではなく、被告の審級の利益が損なわれることも考えられるし、また、差戻しがなされる場合においても、手続が迂遠になるといえる。このような点から考えると、筆者は、受送達者と事実上の利害関係の対立がある同居者への補充送達を無効と解したうえで、中山教授の見解のように、訴状送達等が無効であると解され、かつ、被告への手続保障が全部欠落した場合においては、判決を無効と解することにして、当該被告の救済手段として、三三八条一項三号に基づく再審の訴えのみならず、多様な救済手段を用意する方が、被告の救済における便宜を図るなどの観点からは望ましいのではないかと考える。⁽³²⁾

四 本決定の射程

本決定は、受送達者と事実上の利害関係が対立する同居者への補充送達の効力を有効と解しつつ、同居者から受送達者に訴訟関係書類が実際に交付されず、受送達者が自らへの訴訟提起を知らないまま判決がされた場合には、三三八条一項三号により再審が認められるとした。それでは、補充送達と同様に、受送達者が送達書類を現実に受領したか否かを問わず送達の効力を認める制度である付郵便送達(二〇七条)、あるいは公示送達(一一〇条)によって訴訟関係書類の送達がなされ、受送達者に訴訟手続への関与の機会を与えられなかった場合についても、本決定の射程は及ぶのであろうか。

この点に関しては、付郵便送達、および公示送達による訴訟関係書類の送達において、補充送達の場合と比べて受送達者の現実の書類受領、および書類の内容の了知の可能性が低くなる点に鑑みると、これらの送達方法がとられたことにより、受送達者たる被告が自らへの訴え提起の事実を了知できず、手続関与の機会が与えられていなかったと評価できる場合には、たとえ当該付郵便送達・公示送達が有効であっても、本決定の枠組みによる受送達者の救済が図られるべきではないかと筆者は考える。⁽³⁴⁾

また、公示送達に関しては、申立人が相手方の住所等を知りながら公示送達の申立を行った事案につき、大審院、最高裁ともに三三八条一項三号（旧四二〇条一項三号）の再審事由に該当しない旨を判示している。⁽³⁵⁾しかし、相手方の住所等についての虚偽申告に基づいて公示送達がなされ、そのことによって訴訟手続への関与の機会を奪われた受送達者たる被告に対しては、送達の瑕疵に基づく判決無効論の枠組みを用いて、事後的な救済を図るべきではないかと筆者は考える。⁽³⁶⁾この点に関しては、一〇七条の要件を充たさずになされた付郵便送達についても同様であると考えられる。⁽³⁷⁾

- (1) 本決定についての最高裁調査官による解説として、三木素子・ジュリスト一三四四号（二〇〇七年）八八頁。また、本決定の評釈として、川嶋四郎・法学セミナー六三四号（二〇〇七年）一一四頁、堀野出・速報判例解説一卷（法学セミナー増刊）（二〇〇七年）一七五頁。
- (2) この決定の評釈として、福永政彦・判例タイムズ七〇六号（昭和六三年度主要民事判例解説）（一九八九年）二六四頁。
- (3) この判決の評釈として、住吉博・平成四年度重要判例解説（一九九三年）一四〇頁、井田宏・判例タイムズ八二二号（平成四年度主要民事判例解説）（一九九三年）二二二頁、鈴木俊

- 光・私法判例リマックス七号（一九九三年）一二八頁。
- (4) この判決についての最高裁調査官による解説として、田中豊・ジュリスト一〇一六号（一九九三年）一〇六頁、同・法曹時報四五卷一〇号（一九九三年）一五〇頁。この判決の評釈として、中山幸二・NBL五〇六号（一九九二年）一四頁、加藤哲夫・法学セミナー四五七号（一九九三年）一三〇頁、木村元昭・法律のひろば四六卷一号（一九九三年）四八頁、高木敬一・法学教室一五〇号（一九九三年）六二頁、三谷忠之・判例評論四一二号（一九九三年）四二頁（判例時報一四五二号二〇四頁）、大江忠・NBL五二二号（一九九三年）六〇頁、森勇・平成四年度重要判例解説（一九九三年）一四九頁、春日偉知郎・金融法務事情一三六四号（一九九三年）五八頁、高崎英雄・法学研究（慶應義塾大学）六六卷九号（一九九三年）九九頁、高見進・民商法雑誌一〇九卷二号（一九九三年）七七頁、高橋宏志・私法判例リマックス八号（一九九四年）一四八頁、東松文雄・判例タイムズ八五二号（平成五年度主要民事判例解説）（一九九四年）二三〇頁、山本克己・民事訴訟法判例百選「第三版」（二〇〇三年）二四四頁、同・法学教室二九〇号（二〇〇四年）九三頁。また、この判決に関連する論稿として、井上薫「再審の補充性の程度——最小判平成四年九月一〇日の位置付けを兼ねて——」判例タイムズ七九七号（一九九二年）一二頁。
- (5) この判決の評釈として、井田宏・判例タイムズ八八二号（平成六年度主要民事判例解説）（一九九五年）二三四頁。

- (6) 受送達者と事実上の利害関係の対立がある同居者への補充送達の効力、および救済手段が問題となった裁判例を整理する論稿として、池尻郁夫「補充送達に関する一考察(一)」愛媛法学会雑誌二〇巻一号(一九九三年)一頁、同「利害対立者への補充送達と追完」中野貞一郎先生古稀祝賀「判例民事訴訟法の理論(上)」(有斐閣、一九九五年)三七七頁。
- (7) 裁判例(6)は、その判示の中で「受送達者(X)と同居者(A)とが利益相反関係にあるとは認められず」との表現を用いているが、文脈から考えると、この表現は、同居者が訴訟における相手方またはこれに準じる者である場合を指しているとは推測される。
- (8) 本決定の掲載誌である、判例時報一九七一号一二六頁・判例タイムズ一二四二号一二八頁のコメント、および、三木・前掲注(1)八九頁。
- (9) 裁判例(1)、(2)は、その判示の中で、補充送達の効力が生じない場合として、同居者等と受送達者との間に「利害相反する関係」(裁判例(1))、あるいは「利害の対立する関係」(裁判例(2))がある場合を挙げるが、文脈から考えると、これらの裁判例が挙げる「利害相反」ないし「利害対立」は、同居者等と受送達者との間での事実上の利害相反ないし利害対立を指しているとは解するべきであろう。
- (10) 兼子一〓松浦馨〓新堂幸司〓竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂、一九八六年)四三八頁「竹下守夫」、斎藤秀夫〓小室直人〓西村宏一〓林屋礼二編著『注解民事訴訟法(第2版)』
- (4) (第一法規、一九九一年)二〇七頁「斎藤秀夫〓吉野孝義」、新堂幸司〓鈴木正裕〓竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(3)』(有斐閣、一九九三年)五六二頁、五六三頁「三輪和雄」、三宅省三〓塩崎勤〓小林秀之編集代表『注解民事訴訟法【II】』(青林書院、二〇〇〇年)三五八頁「石田賢二」、小室直人〓賀集唱〓松本博之〓加藤新太郎編『基本法コンメンタール新民事訴訟法1【第二版】』(日本評論社、二〇〇三年)二二二頁「小川英明」。
- (11) 岩松三郎〓兼子一編『法律實務講座民事訴訟編 第二巻』(有斐閣、一九五八年)三二二頁、兼子〓松浦〓新堂〓竹下・前掲注(10)四三九頁「竹下」、斎藤〓小室〓西村〓林屋編著・前掲注(10)二〇八頁「斎藤〓吉野」、新堂〓鈴木〓竹下編集代表・前掲注(10)五六四頁「三輪」、菊井維大〓村松俊夫『全訂民事訴訟法【I】補訂版』(日本評論社、一九九三年)一一〇〇頁、三宅〓塩崎〓小林編集代表・前掲注(10)三五八頁「石田」、小室〓賀集〓松本〓加藤編・前掲注(10)二二二頁「小川」、秋山幹男〓伊藤眞〓加藤新太郎〓高田裕成〓福田剛久〓山本和彦『コンメンタール民事訴訟法II【第2版】』三八九頁。ただし、兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、一九六五年)一九〇頁は、受方の使者に当たるとする。
- (12) 岩松〓兼子編・前掲注(11)三二二頁、兼子〓松浦〓新堂〓竹下・前掲注(10)四三九頁「竹下」、斎藤〓小室〓西村〓林屋編著・前掲注(10)二〇八頁「斎藤〓吉野」、新堂〓鈴木

Ⅱ竹下編集代表・前掲注(10)五六四～五六五頁「三輪」、菊井Ⅱ村松・前掲注(11)一一〇〇～一一〇一頁、秋山Ⅱ伊藤Ⅱ加藤Ⅱ高田Ⅱ福田Ⅱ山本・前掲注(11)三八九頁。裁判例として、大判大正一三年三月七日(民集三卷九八頁。ただし、旧々民訴法一七四条一項の原状回復の申立てが問題となった事案である)、東京地判昭和三〇年九月三〇日(判時六五号一頁)、水戸地判昭和三四年二月二五日(下民集一〇卷一二号二七六〇頁)。

(13) 前注(8) 参照。

(14) 有効説を採るものとして、新堂Ⅱ鈴木Ⅱ竹下編集代表・前掲注(10)五六五頁「三輪」、秋山Ⅱ伊藤Ⅱ加藤Ⅱ高田Ⅱ福田Ⅱ山本・前掲注(11)三九〇頁。無効説を採るものとして、伊藤眞『民事訴訟法「第3版再訂版」』(有斐閣、二〇〇六年)二二三頁注(35)、上田徹一郎『民事訴訟法「第五版」』(法学書院、二〇〇七年)二八〇頁。

(15) ただ、この点に関しては、学説も承認するところである。兼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・前掲注(10)四四一頁「竹下」、齋藤Ⅱ小室Ⅱ西村Ⅱ林屋編著・前掲注(10)二二三頁「齋藤Ⅱ吉野」、新堂Ⅱ鈴木Ⅱ竹下編集代表・前掲注(10)五六九頁「三輪」、三宅Ⅱ塩崎Ⅱ小林編集代表・前掲注(10)三六一頁「石田」、秋山Ⅱ伊藤Ⅱ加藤Ⅱ高田Ⅱ福田Ⅱ山本・前掲注(11)三九〇～三九一頁。

(16) この点に関しては、高橋・前掲注(4)一五一頁の記述に示唆を受けた。また、三谷忠之「再審の論点をめぐる最近の

問題点」同『民事再審の法理』(法律文化社、一九八八年)二三七頁(初出、一九八二年)、同・後掲注(35)香川法学二二～二三頁は、公示送達について、単に以後の手続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のではないかと論じる。さらに、三谷・前掲注(4)四四頁は、相手方の住所を知らなからえて公示送達を行った場合を例として、とりあえず手続を進めても違法ではないが、後日に至って再審により再度審理される可能性あるものとして理解するのが正道ではないかと論じる。

(17) 高橋・前掲注(4)一五一頁。

(18) 送達を持つ手続保障機能を、不意打防止という観点から指摘する論稿として、高橋宏志「不意打防止のシステム——期日・期間送達——」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、一九八八年)三八一頁、特に三八六～三九一頁。

(19) この点を評価するものとして、中山・前掲注(4)一七頁、加藤・前掲注(4)一三〇頁、高木・前掲注(4)六三頁、三谷・前掲注(4)四四頁、大江・前掲注(4)六一頁、森・前掲注(4)一五〇頁、春日・前掲注(4)六〇頁、高見・前掲注(4)二八八～二八九頁、高橋・前掲注(4)一五〇頁。

(20) この点を評価するものとして、川嶋・前掲注(1)一一四頁、堀野・前掲注(1)一七七頁。

(21) 中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利——東京地判平3・5・22および最判平4・3・17をめぐって——(下)」N

BL五〇五号（一九九二年）二八〇三〇頁、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——」神奈川法学三一巻一号（一九九六年）九七〇一四頁、同「訴訟係属と判決無効——送達の瑕疵に基づく判決無効論の提唱——」中村英郎教授古稀祝賀上巻『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、一九九六年）三二一頁。なお、田中・前掲注（4）曹時一六一一六三頁は、訴状送達の瑕疵（および、それにより訴訟係属が生じないこと）と判決無効との関係について論じ、判決無効を前提とする、受送達者たる被告の救済手段について検討を加えているが、この問題に関しては、「今後の議論をまわりたい」と論じる。さらに、高橋・前掲注（4）一四九〇一五一頁も、判決無効説に与する旨を論じるが、他方、この考え方は少数説であるとの理解のもと、「理論としては判決無効説は将来の課題だ」と論じる。

- (22) 中山・前掲注（21）神奈川法学一〇六頁、同・前掲注（21）中村（英）古稀三三一頁。また、鈴木・後掲注（23）二七九〇二八〇頁も、氏名冒用訴訟（被告側冒用の場合）の文脈においてではあるが、被告（被冒用者）に対する訴状送達が行われている場合には、当該被告に対する判決は訴訟係属がないの下された判決となり、この場合について当該判決を無効判決と捉える余地がある旨を論じる。これに対して、高崎・前掲注（4）一〇二頁は、判決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

含まれていると解し、判決確定後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旨を論じ、訴状送達が無効である場合における判決無効論に反対する。また、高見・前掲注（4）八三頁は、一般的には四二〇条一項三号（現行法三三八条一項三号）に挙げられているような瑕疵により有効な訴状の送達がないと評価される場合は訴訟係属が生じると解すべきであり、訴状の送達の瑕疵が生じた場合には、判決自体が内容的に無効と解すべきでなく、再審事由があると評価されるにとどまる旨を論じる。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二二巻二号（一九九四年）七二頁は、判決が確定すればもはや訴状送達の無効を問題とする余地はない旨を論じる。

- (23) 中山・前掲注（21）神奈川法学一〇六〇一〇七頁、同・前掲注（21）中村（英）古稀三三一〇三三二頁。なお、ドイツにおける訴訟係属概念の二義性を指摘する論稿として、鈴木大作「無効判決に関する一考察」早稲田大学大学院法研論集七〇号（一九九四年）二六八頁も参照。
- (24) 中山・前掲注（21）神奈川法学一〇八頁、同・前掲注（21）中村（英）古稀三三四〇三三五頁。
- (25) 中山・前掲注（21）神奈川法学一〇八〇一〇九頁、同・前掲注（21）中村（英）古稀三三五頁。
- (26) 無効な判決の執行力と請求異議の訴えとの関係については、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『民事裁判の充実と促進 上巻』（判例タイ

ムズ社、一九九四年）二九四～三〇一頁。そこでは、現行法（民事執行法二二条）が確定判決以外にも、未確定の裁判（仮執行宣言付判決など）や、必ずしも実体権の存在の判断を含まないもの（執行証書）にも債務名義としての執行力を与えている点に着目し、執行力の根拠は債務名義を定めた法律以外に見いだされず、この点を判決についていえば、給付判決における債権存在の判断それ自体から執行力が生じるのではなく、執行力は判決書の形式的存在にからしめられていると考えるべきであり、この意味で執行力は、既判力や形成力のように判決の確定と不可分の効力ではなく、確定判決特有の効力ではないと論じられる。そして、判決の効力を、判決の判断内容（訴訟物たる権利や法律関係の存否に関する判断）自体に生じる効力と、判決の形式的ないし手続的成立から生じる効力とに分け、前者を判決の実質的効力、後者を判決の形式的効力と称し、執行力は判決の適式な成立にからしめられているという意味で、判決の形式的効力に位置づけられるべきであるとし、無効判決においては、実質的効力たる既判力や形成力は生じないが、形式的効力たる執行力は生じるとする。そして、執行力は執行の迅速性を担保するための形式主義の要請から、立法者が一定の文書に与えた形式的効力にはかならず、執行手続の形式性こそが執行力の根拠であるとの考え方を前提として、無効判決に基づく強制執行（および、そのおそれ）を排除するため、請求異議の訴えが認められるとされる。なお、鈴木・前掲注（23）二八二頁は、判決

の効力を、判決によって確定された法律状態に依拠する「実体的効力」（“materielle Urteilswirkungen”）と、判決の外形に依拠する「形式的効力」（“formelle Urteilswirkungen”）とに区別して考察するドイツの見解を紹介する。そこでは、既判力、形成力は実体的効力に属するとされ、執行力は形式的効力に属するとされる。

（27） ただし、判例（最（二小）判昭和四〇年二月二六日（民集一九卷一号一六六頁））、通説（前掲最判の最高裁判調査官による解説として、関口文吉・法曹時報一七巻四号（一九六五年）一二九頁、前掲最判の評釈として、石川明・民商法雑誌五三巻三号（一九六五年）四六九頁、上村明広・岡山大学法経学会雑誌一五巻二号（一九六五年）一三三頁、新堂幸司・法学協会雑誌八二巻五号（一九六六年）一四一頁、伊東乾・法学研究（慶應義塾大学）四〇巻二号（一九六七年）一二〇頁）は、判決無効確認の訴えを認めることに消極的である。

（28） 中山・前掲注（26）二九八～二九九頁は、執行力の根拠を執行手続の形式性に求めるという考え方を前提として、既判力を有しない無効判決でも執行力をもつため、当該無効判決の名宛人は執行力を排除するために再審の訴えを提起する利益と適格を有するとする。また、新堂幸司「訴訟当事者の確定基準の再構成」同『民事訴訟法学の基礎』（有斐閣、一九九八年）一七四頁（初出、一九七四年）、同『新民事訴訟法（第三版補正版）』（弘文堂、二〇〇五年）一一一～一二二頁、八六四頁は、氏名冒用訴訟の文脈においてではあるが、当事者

への訴訟追行の地位・機会の保障を重視することを前提に、判決は被冒用者に対して無効であるとしつつも、当該判決が有効な判決としての外観を供え、被冒用者に効力が及ぶことを前提とした取扱いがなされるおそれがあるため、被冒用者は再審によって当該判決の取消しを求める利益があると解すべきであるとする。同旨、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣、二〇〇五年)一四五頁。

(29) 田中・前掲注(4) 一六二頁

(30) 高橋・前掲注(4) 一四九頁

(31) 最(二小)判昭和四十七年四月二八日(判時六六七号二九頁)は、本決定と同様、受送達者たる前诉被告とその同居者たる前诉被告の妻との間に事実上の利害関係が存在し、妻が夫宛の訴状をはじめとする送達書類全てを毀棄ないし隠匿したという事案において、民訴法四二〇条一項五号(現行法三三八条一項五号)の再審事由を認めた裁判例である。ただし、この事件では、被告が妻を公文書毀棄の容疑で告訴したものの、検察官が情状により起訴猶予処分に付しており、また、上告理由によれば、前記毀棄行為後も被告らは夫婦として同居し、前诉被告の告訴も処罰を目的とするものではなかった(中山・前掲注(21) NBL三〇頁注(25)は、妻が夫たる前诉被告の再審を援助するために刑事手続に協力したのではないかと推測する)という経緯があり、この事案を一般化して議論を行うのは適切ではないと筆者は考える。実際問題として、自らの同居者(配偶者、親族、姻族の場合が大部分であろう)

を告訴することは困難であろう。この判決の評釈として、三谷忠之『民事再審の法理』(法律文化社、一九八八年)二九二頁(初出、一九七三年)。

(32) たとえば、本文でも述べたように、再審の訴えは、前訴判決が下された裁判所の専属判決に服し(三四〇条一項)、また、請求異議の訴えは第一審裁判所の専属管轄に服する(民事執行法三五条三項、三三条二項一号)ため、前訴で被告とされた者が遠隔地に住所を有するような場合には、負担をかける結果となることも想定される。そのため、複数の救済手段を用意することによって、前訴で被告とされた者の管轄の利益をある程度は保護できるのではないだろうか。

(33) なお、井上・前掲注(4)一三〇一四頁は、補充送達、付郵便送達、公示送達のような、交付送達の原則に対する例外規定の要件を検討すると、これらの規定は当事者または裁判所が当該事件の状況においてなすべきことは尽くしたと考えられる場合には送達の効力を発生させることにしているというべきであり、当事者間の公平をも念頭においていることは明らかであるとしたうえで、このような送達における立法主義の結果、当事者の手続保障は訴訟上の情報の「到達」を受けうる地位の保障にとどまり、その「了知」は問題外であると論じる。そして、敗訴者が終局判決の送達を受けることによって、当該終局判決がなされたこと、およびその内容を敗訴者が知りうべき客観的状況にあったという要件が充足されたというべきであるとする。そして、このことによって、当

該終局判決に再審事由があるという情報の「到達」があったと解すべきであり、それにもかかわらず敗訴者が上訴を提起せず、あるいは上訴を提起したが再審事由を主張しなかった場合には、敗訴者に再審事由の「到達」があった以上、勝訴者および裁判所は敗訴者が再審事由を知りうべき客観的状況を作出するにつきなすべきことは尽くしたといふべきであるから、敗訴者は勝訴者、裁判所との関係では、再審の補充性による失権効による不利益を自己責任として甘受すべきであるとする。そして、敗訴者が再審事由の「了知」に至らなかったことが第三者の故意または過失による行為（あるいは不作為）によるものである場合には、敗訴者は当該第三者に対し失権効による被害の回復を求めるべくその不法行為責任を積極的に追及していくべきであるとする。また、前記のような場合に、自己の責によらずして再審事由を「了知」できなかった敗訴者に再審の補充性による失権効を認めるのは酷に過ぎるとして失権効を否定する見解については、なすべきことを尽くした勝訴者、裁判所に不利益を課する点で相当でないように、再審事由の到達後それが敗訴者の了知に至らなかったという「不手際」は、それがあつた範囲を自己の勢力の下に置く敗訴者の責とすることが公平上自然であるとして、採るをえない旨を論じる。しかし、このような考え方は、敗訴者の手続関与の機会を犠牲にすることによって、勝訴者、裁判所の利益を過度に保護する考え方であり、筆者は到底賛成できない。また、この見解に従つた場合、本決定のような場合

においては、再審による受送達者の救済は全く認められず、受送達者宛の訴状等送達書類の隠匿等を行った同居者への損害賠償請求しか受送達者への救済手段が認められないということになるが、このような考え方は形式的な理論としては成り立ちうるとはいへ、日常の生活感覚から考えると同居者への損害賠償請求をなすことが事実上非常に困難でありうるという点に鑑みると、現実から遊離した発想であるといわざるをえず、やはり筆者は到底賛成できない。

(34) 訴状の送達が補充送達、付郵便送達、公示送達によつて有効であつた場合にも、再審事由を肯定しうる可能性があることを認めることを望む旨を論じるものとして、三谷・前掲注(4)四六頁。これに対して、公示送達につき反対、堀野・前掲注(1)一七八頁。

(35) 大判昭和十二年二月二六日(民集一四卷二二九頁)、最(二小)判昭和五七年五月二七日(判時一〇五二号六六頁)。昭和一二年大判の評釈として、池田浩一・民事訴訟法判例百選(一九六五年)一七八頁、昭和五七年最判の評釈として、池田辰夫・民商法雑誌八八巻一号(一九八三年)一三〇頁、三谷忠之『民事再審の法理』(法律文化社、一九八八年)三三六頁(初出、一九八三年)、石井彦壽・季刊実務民事法一号(一九八三年)二二四頁、藤本利一・法学教室三二二号(一九九九年)一九頁。また、公示送達と救済に関する裁判例・学説の状況については、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商法雑誌九三巻臨時増刊号(1)(一九八六年)二四三頁、三谷

忠之「公示送達と再審」香川法学八巻二号（一九八八年）一頁、小山昇「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（前編）」同『小山昇著作集 第十巻』（信山社、一九九四年）三三五頁（初出、一九八八年）。

- (36) 旧法の下では、公示送達の実施には裁判長の許可が必要であつたため、仮に公示送達の要件を欠いた申立てがなされた場合であつても、裁判長が公示送達の許可をなした場合には、当該公示送達には手続上の瑕疵はないとされ、有効な送達になるとされていたが、現行法の下では公示送達の実施は裁判所書記官の権限に委ねられたため（二〇条一項）、裁判所書記官が公示送達の要件の欠缺を誤認して実施した公示送達は違法であり、送達の効力も生じず、これに基づく訴訟手続は瑕疵ある手続ということになる。この点について、中山幸二「手続の進行—期日・期間・送達—」法学教室二四二号（二〇〇〇年）四四頁。また、現行法の下で公示送達につき裁判長の許可が外されたことにより、再審を認めやすくなった旨を指摘する論稿として、高橋宏志「新民事訴訟法と理論への影響」同『新民事訴訟法論考』（信山社、一九九八年）二六頁（初出、一九九七年）、中山幸二「送達」西口元編『現代裁判法大系⑬』（新日本法規出版、一九九八年）四七頁。

- (37) 高橋宏志「昼間不在者に対する送達」伊藤眞Ⅱ井上治典Ⅱ梅本吉彦Ⅱ小島武司Ⅱ霜島甲ⅠⅡ新堂幸司Ⅱ高橋宏志『演習民事訴訟法2』（有斐閣、一九八五年）一二三頁は、法定の要件を充たさない付郵便送達は無効であり、これにより訴訟の

送達が無効となるならば、判決も内容上の効力が生じないと解される旨を論じる。