慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑訴判例研究七〕刑事手続における書類の送達と民訴法一七二条の準用(最高裁昭和五二年三月四日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	安冨, 潔(Yasutomi, Kiyoshi) 刑事訴訟法研究会(Keiji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.1 (1978. 1) ,p.106- 109
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780115-0106

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔刑訴判例研究七〕

昭和五二年・一

刑事手続における書類の送達と民訴法一七二条の準用

最三決昭和五二年三月四日・刑集三一巻二号六九頁（刑の執行猶予言渡取消決定についての即時抗告棄却決定に対する特別抗告事件・昭和五二年(し)第六号・棄却）

（事案の概要）

甲は、昭和四八年一二月二〇日、広島地方裁判所において恐喝罪により懲役一年、三年間執行猶予、保護観察付の判決の宣告を受け、右判決は昭和四九年一月五日確定した。

ところが、右執行猶予期間中、甲は、住居届はしたものの数回に亘り転居し(転居については無届)昭和四九年三月傷害事件を犯し、広島簡裁で罰金刑に処せられたほか、昭和五一年八月には覚せい剤の使用、所持と傷害事件を相次いで起こし、右各犯行により同年一一月一九日に広島地裁で懲役八月に処せられるなど、保護観察中遵守すべき事項を遵守せず、その情状が重いとして、保護観察所長の申出に基づき、検察官は、刑法二六条ノ二第二号により広島地方裁判所に対して、昭和五一年一二月九日、執行猶予取消の請求をした。

同地裁は、同年一二月二四日、これを容れて右執行猶予を取り消した。これに対し、甲は、不服として、同月二七日、即時抗告を申し立てたところ、広島高等裁判所は、同月二八日、これを棄却する旨の決定をし、同裁判所の書記官は、甲に対する同決定謄本の送達を同日延更により行おうとしたが、甲方全戸不在により送達不能となつたため、同日広島地方裁判所の書記官に送達事務の取扱を嘱託した。同裁判所の書記官は、執行官により同日二回、昭和五二年一月四日一回、送達を行おうとしたが、いずれも甲方全戸不在により送達不能となつたので、広島高等裁判所の書記官が、同日書留郵便に付してこれを甲に対して発送した。この郵便は同月六日甲方に到達した。

右書留郵便を受領した甲は、刑事書類の送達には、民訴法一七二条および一七三条の準用は認められないとして、このことは最判昭和四七年一二月二六日刑集二六巻一〇号七五九頁の判例と相反することになると、右決定を取り消す旨の決定を求めて、刑訴法四〇五条並びに同法四三三条により特別抗告を申し立てた。

（決定要旨）

刑訴法五四条は、書類の送達については、裁判所の規則に特別の定のある場合を除いては、民事訴訟に関する法令の規定を準用する旨規定し、刑事手続における郵便に付する送達（以下「付郵便送達」という。）については、刑訴規則六三条の規定があるところ、同条は、民訴法一七〇条に対してのみの特別規定と解され、付郵便送達を刑訴規則六二条により住居等の届出の義務ある者がその届出をしない場合に限定する趣旨のものとは解されず、また、裁判所の規則には刑訴規則六三条のほかに刑事

手続における付郵便送達に関する特別規定は存しないのであるから、民訴法一七一条の規定によつて送達をすることができない場合に付郵便送達をしうることを規定している同法一七二条は、刑訴法五四条により刑事手続における書類の送達について準用されるものと解するのが相当である。

してみると、前記事実関係のもとで原審の書記官がした本件付郵便送達は適法であるというべく、民訴法一七三条により原決定謄本は執行猶予期間内である昭和五一年一月四日に申立人（甲――筆者注――）に対し送達があつたものとみなされて、同日、本件執行猶予取消の効果が発生したものというべきである。

こうして、刑訴法四三四条・四二六条一項により全員一致で棄却決定された。

〔評釈〕

判旨賛成。

一　執行猶予取消決定（刑訴法三四九条の二第一項）に対する即時抗告棄却決定（刑訴法三四九条の二第五項、同四二六条）において、右決定謄本の送達をするにあたり、刑訴法五四条により、民訴法一七二条の準用が認められるかどうかが争われた事件である。

この点については、従来から実務上その取扱について紛糾がみられたが、最高裁によつて明らかにされた判例はなく、その解決がまたれていたものである。(1)

二　刑訴法五四条は、書類の送達について、規則に特別の定め（刑訴規則六二条―六五条）のないかぎり、公示送達を除く民事訴訟に関する法令の規定を準用する旨を定めている。

しかし、受送達者が全戸不在であつたようなばあい、刑事手続において公示送達は認められないので付郵便送達以外には、有効な送達は行ない得ない。そこで、付郵便送達について、刑訴規則六三条との関連で民訴一七二条の準用を認めうるかが問題とされる。

ところで、この問題を考えるにまえに本決定に示されたような問題が生ずる契機はどこにあるのかをさぐつてみたい。

それは、執行猶予取消決定に対して即時抗告が申し立てられたばあい、執行猶予取消決定の執行力は停止される（刑訴法四二五条）ので、即時抗告棄却決定についての謄本の送達が執行猶予期間満了前に行なわれないと、決定の効力は生ぜず（刑訴規則三四条）、当該執行猶予は取り消されないまま執行猶予期間の満了にともなつて刑法二七条によつて、刑の言渡しの効力が喪失することになり、(2)本件のように、執行猶予取消決定の謄本の送達と執行猶予期間の満了とが錯綜したばあい、執行猶予取消決定の被請求人らは何とかして送達を受けないでおこうとするが、執行猶予取消決定に対する即時抗告棄却決定手続において、民訴法一七二条の準用があるとすると、即時抗告棄却決定は、付郵便送達によつて、執行猶予期間内に即時抗告申立人（執行猶予取消決定の被請求人）に告知されたことになり――民訴法一七三条によつて書留郵便に付したときに、送達の効力が生ずるので――、執行猶予取消決定は効力を生ずる（刑訴規則三四条）が、右準用がないとすると、執行猶予取消の効果が生じないことになるところにあると考えられる。

三　さて、民訴法一七二条が、刑事手続における書類の送達に準

用されるかどうかについては、消極説・積極説とが主張されている。

消極説は、刑訴規則六三条に付郵便送達に関する規定が置かれていることから、これを「規則に特別の定のある場合」として民訴法に対する特別規定と解して、付郵便送達については、すべて同規則六三条によるとして、それ以外の付郵便送達を許さないとする見解である。この見解によれば、結局民訴法一七二条は刑訴法五四条による準用の範囲から除かれることになる。(3)

刑訴規則六三条一項但書が起訴状謄本及び略式命令謄本の送達につき付郵便送達を排除しているのは、補充送達、差置送達が不可能なばあいの付郵便送達をも排除している趣旨であると解するならば、刑訴規則六三条のみか付郵便送達についての唯一の根拠規定であると説くこともできるので、解釈上、その点で、消極説にも有力な根拠をみいだすことができる。(4)ただ、刑訴規則六三条但書で、起訴状・略式命令謄本の送達を除外したのは、訴訟開始早々のばあいの手続的混乱をさけるためで、技術的なものと解すれば、補充送達・差置送達が不可能なばあいの付郵便送達をも排除しているとは解さないでおけるようにも思う。

一方、積極説は、つぎのように説明する。すなわち、刑訴規則六三条は、同規則六二条による送達場所の届出を怠つた者に対してなされる送達方法についての規定である。刑訴規則六二条は、民訴法一七〇条一項の特則規定であるから、結局、刑訴規則六三条は、民訴法一七〇条一項による届出を怠つた者に対する送達方法を定める同条二項の特則をなすものにすぎない。したがつて、刑訴規則六三条は、民訴法一七一条(5)によつて、補充送達・差置送達もできなかつたばあいの送達方法を定める同法一七二条とは無関係で、その特則をなすものとは解されない。そうとすれば、刑訴法五四条によつて民訴法一七二条の準用も許されると解する。したがつて、積極説によれば、刑事書類の付郵便送達については、刑訴規則六三条によるばあいと、民訴法一七二条によるばあいとがあることになる。(6)

さて、両見解を対比してみるとき、それぞれ有力な根拠をもつており、一義的に決することは容易ではない。

沿革的にみれば、旧刑訴法において送達は七五条以下八〇条に規定され、八〇条本文が現行法五四条に相当する規定をおき、七五条（現行刑訴規則六二条）、七六条（同六三条）で、届出義務及びその懈怠の場合について郵便（旧法では書留郵便とはされていない）での送達を許していた。そして、旧刑訴法八〇条での「別段ノ規定アル場合」には、検事送達（旧法七七条）、公示送達（旧法七九条―現行法では廃止）があたるとされ、(7)それ以外のばあいには民訴法の規定が準用されている。そこで、旧刑訴法七五条は民訴法一七〇条一項、同七六条は同条二項に相当しており、補充送達や差置送達が不可能なばあいについての付郵便送達はこれらとは別に民訴法一七二条によつて準用されると解することができる。このような旧法の規定はほとんどそのまま現行刑訴規則にうけつがれてきており、このことを考えると、民訴法一七二条の準用を排斥する理由はないといえよう。また、条文の文言からは積極説の方が素直であるようにも思われる。

これらの見解は、すでに最三決昭和四七年一二月二六日刑集二六巻一〇号七五九頁で検察官の特別送達を民訴法一七二条による付郵便送達として有効視できるとの主張を判断するにあたり、こうした付郵便送達は許されないとすることなく、検察官の右主張を排斥したところから、積極説に左袒したと評価する見方(8)もあつたが消極説にもすでにのべたように有力な根拠があり、右昭和四六年の最判が、刑事手続についての民訴法一七二条の準用について明白な判断を示さなかつたので、依然この問題は未解決のまま残されていた。

本決定は、このような状況のなかで、決定要旨から明らかなように積極説をとることを明言したもので、実務上意義のあるものといえよう。

四　本決定の立場にたてば、刑事書類の送達にあたつて、交付送達・出会送達・補充送達・差置送達等の方法で送達することができなかつたばあい、付郵便送達によることが許されることになり、刑訴規則六三条に定める付郵便送達は、同条に定める要件があるばあいには、右の原則的送達方法で送達することが可能であるかどうかを問わず、いきなり付郵便送達の方法によることができることを認めた点に意義があると評する(9)むきもあるように、本決定が、執行猶予取消決定に対する即時抗告棄却決定についての補充送達・差置送達不可能のばあいのものであれば、他に刑訴規則六三条による付郵便送達について適用されるばあいをも認めたものか、問題は残つているようにも思われる。

いずれにせよ、本決定は正当である。

(1)　香城敏麿・註釈刑事訴訟法（青柳ほか編）一巻二三七頁。

(2)　最大決昭和四〇年九月八日刑集一九巻六号六三六頁は、刑の執行猶予取消決定に対する即時抗告棄却決定が刑の言渡しを受けた者に告知された後、右即時抗告棄却決定に対して特別抗告がなされても、右決定の執行が停止されないかぎり、右執行猶予を取り消した決定は直ちに執行しうる状態になり、その後特別抗告提起期間中に刑の執行猶予期間が満了しても、右即時抗告棄却決定の告知により既に発生した取消決定の効力に影響しないとしている。

(3)　団藤重光・条解刑事訴訟法（上）一二六頁、小野清一郎ほか・ポケット註釈全書刑事訴訟法(改訂版)一一五頁、中武靖夫・注解刑事訴訟法（平場安治ほか編改訂版上）一八四頁などあるが、その理由づけは必ずしも明らかではない。

(4)　香城・前掲書二三七頁。

(5)　民訴法一七一条の特別送達については「規則に特別の定めのない場合」にあたるので、刑訴法五四条によつて、刑事書類の送達に準用される。

(6)　近藤和義・最高裁判例解説刑事篇昭和四七年度二三七頁。積極説に立つものとして、青柳文雄・刑事訴訟法通論（五訂版）上・二六三頁注(1)、小野慶二・刑事判例研究八九八・警察研究四四巻三号一三三頁、青柳文雄＝阿部一雄・最高裁刑訴事例研究九二・法学研究四八巻七号一二五頁。

(7)　林頼三郎・刑事訴訟法要義一三八～一四五頁、矢追秀作・刑事訴訟法要義一九二頁以下。

(8)　近藤・前掲書二三八頁。

(9)　伊藤栄樹・刑事判例研究八四・警察学論集三〇巻七号一一三頁。

（昭和五二年一一月一日）

安冨　潔