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

Title	〔最高裁民訴事例研究 二四三〕 一, 控訴提起後第一審裁判所に控訴権放棄書を提出した場合における控訴権放棄の効力 二, 弁護士が相手方の委託を受けて為す事実行為と旧弁護士法第二四条第一号 三, 控訴の取下を伴わない控訴提起後の控訴権放棄の効力
Sub Title	
Author	伊藤, 敏孝(Ito, Toshitaka) 小池, 順一(Koike, Junichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.6 (1986. 6) ,p.117- 126
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=AN00224504-19860628-0117

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.

はあるが善意者保護説を前提としている（もっとも、本判決が二六条二項の類推適用を問題にする点は、善意者保護説の検討課題となろう）。しかし結論的には、債権者の悪意は認められないとして二六条一項の責任を肯定しており、ここでも善意者保護説の有用性は証明されなかった。非区別説に立ち解決すべきであったと考える。

なお、善意者保護説を前提とする限り、本判決が問題にしているように、悪意の基準時およびその証明責任につき検討する必要がでてこよう。ただし、はたして債権者の悪意の基準時を問題とすべきなのか、また、問題にしうるのかどうか、疑問に思う。この点非区別説では、当然のことながら、右の問題は生じない。

山本　爲三郎

〔最高裁民訴事例研究二四三〕

昭二七11（最高民集六巻七号六八四頁）

一、控訴提起後第一審裁判所に控訴権放棄書を提出した場合における控訴権放棄の効力

二、弁護士が相手方の委託を受けて為す事実行為と旧弁護士法第二四条第一号

三、控訴の取下を伴わない控訴提起後の控訴権放棄の効力

請求に関する異議並びに家屋賃貸借契約存続確認請求事件（昭二七・七・二九第三小法廷判決）

X（原告、控訴人、上告人）はY（被告、被控訴人、被上告人）から家屋を借りていたがYより明渡を請求され、昭和二二年三月二八日に明渡を内容とする訴訟上の和解が成立した。Xは右和解について錯誤無効ないし詐欺による和解意思表示の取消を理由に本件訴えを提起した。第一審（京都地方裁判所）でXの請求は棄却され、Xは昭和二四年五月一〇日に控訴をなした。

ところが五月一二日に控訴権放棄書が第一審裁判所に提出された。この間には次のような事情があった。すなわち、控訴提起の翌日（五月一一日）にYの弁護士を含む一〇人程がX方を訪れ、控訴権放棄書に署名捺印せよ、そうでないと夜間執行をする、と迫ったというのである。Xはこれにより全く自由意思に基づかず不任意に署名捺印したと主張したが第二審（大阪高等裁判所）においてXの控訴は却下された。その理由は、控訴権の放棄は純然たる訴訟行為であるからその意思の瑕疵欠缺の効果は民法の意思表示規定によって判定すべきではない、というにある。そして、放棄書が原審に提出

され次いで記録に綴附されて控訴審裁判所に到着した以上はX主張のような脅迫の事実の有無にかかわらず放棄の効力を生じたとするのが当然である、とする。さらに「民事訴訟法三百六十五条第二項によれば控訴提起後の控訴権の放棄は控訴の取下と共にすることを要するけれども右は控訴権の放棄があった場合事件を裁判所から離脱せしめるため控訴の取下をも同時になさしめようとしたに過ぎないもので控訴の取下と同時にしない控訴権の放棄を無効とする趣旨ではない」と判示した。

Xは、控訴権放棄書がYの弁護士によって第一審裁判所に提出された点に着目し、(1)三六五条の「申述」は申述者ないしその代理人によるべきである、(2)控訴提起後であるのに第一審裁判所に放棄書が提出されている、(3)Yの代理人による放棄書の提出は旧弁護士法二四条第一号に違反する、(4)本件放棄には控訴の取下が伴っておらず、放棄は取下と同時になされないと効力がない、と主張して上告した。最高裁は全員一致で上告を棄却し、右上告理由のそれぞれに対して以下のように判示した（番号は上告理由のそれに対応する）。(1)「控訴権放棄書は必ずしも当事者本人又はその代理人が裁判所に持参しなければならないものではない。」(2)「民訴三六五条一項が控訴提起の前後によって裁判所の区別をしたのは、ただ便宜上のことである。要は裁判所に対する申述を必要としたものに過ぎない。書面が第一審裁判所に提出されるか、第二審裁判所に提出されるかは有効無効の条件ではない。（中略）上告人の署名捺印した放棄書が第一審裁判所に提出され、それが記録に綴付されて第二審に到達した事実の存する以上、少なくともその時において効力を生じたものと解すべきである。」(3)「本件控訴権放棄書を被上告人代理人が裁判所に持参提出した行為は単なる事実行為である。控訴権の放棄を為すべきか否かの意思決定を委ねられたものではない。かかる事実上の行為は相手方代理人と雖これを為し得るものである。」(4)「原審の判断及びその理由は正当で論旨は理由がない。」

判旨に賛成する。

一　まず、控訴権放棄の一般的な問題点を概観しておくことにする。

控訴権の放棄（三六四、三六五条）とは、第一審判決の言渡後、控訴権を有する者が裁判所に対してこれを行使しないという意思を表示する単独の訴訟行為である。[1] 控訴権放棄は処分権主義のあらわれであり、一審判決が既になされているから訴訟制度の利用を封じることにはならないこと、これを認めても相手方に不利益にならないこと、からその適法性が基礎づけられる。[2]

控訴権の放棄の時期に関しては議論の余地がある。まず、いつから放棄をなしうるかに関し、通説[3]は第一審判決後すなわち控訴権の発生後に限られるとする。判決がなければ放棄の対象たる控訴権が発生しないこと、判決内容がわからないうちに一方だけが控訴権を放棄するのは当事者間の公平を害し一方の地位を害するおそれがあること、[4] がその理由である。しかし、反対説もある。[5] 次に、いつまで放棄をなしうるかも問題である。控訴を提起しないまま控訴期間を徒過すればもはや放棄の余地はない。[6] 控訴を提起した場合には判決言渡まで放棄しうると考えてよいと思う。[7] 三六五条二項は控訴提起後の控訴権放棄は控訴取下とともになすべしと定めるが、その控訴取下は控訴審終

局判決までに限られていること（三六三条一項）、また、訴え取下にみられるような明文規定（二三六条一項、二三七条二項）がないこと、が一つの根拠である。

控訴権放棄の名宛人に関しても、一般には裁判所が前提とされているが、相手方に対する放棄を論ずる余地がある。[8]

二　上告理由にも判示事項にもなっていないが、本件に関してはXが控訴権を放棄した際の事情が放棄の効力に影響を与えないかが一応問題になろう。控訴権の放棄は訴訟行為であり、いわゆる与効行為である。[9] そして、本件第二審判決は、訴訟行為については民法の意思表示に関する規定に従うべきでなく、「脅迫の事実の有無に拘らず」[10] 放棄は有効であるとした。学説においても、意思表示に関しての民法規定は類推されないとするのが（少なくとも従来の）通説であるが、この見解も再審事由にあたる瑕疵は顧慮する。[11] これによれば本件の事情が「刑事上罰スヘキ他人ノ行為」（四二〇条一項五号）、つまり脅迫（刑法二三二条一項）にあたるか否かが問題となる。脅迫とは畏怖心を生じさせる目的で他人に害悪を通知することである。[12] 本件では「被控訴人、その原審代理人弁護士西村藤馬執行代理人弁護士五端栄治郎等約十人程の者が控訴人方に来て控訴権放棄書に署名捺印せよ、そうでないと夜間執行すると脅迫した」[13] あるいは「一一日の夕方Yは弁護士BC、人夫六人、執行吏二人とともにX方に来たり、明渡の執行をすると称した。（中略）そして、任意に明け渡さねばその日の中に夜間執行をしてでも明渡の執行を強行するが、これに印を捺せば猶予してやるといって、控訴権放棄書に捺印を迫った」[14] との事情がみられる。しかし、右の程度では脅迫にあたらないと考える。[15] 夜間執行は許可が必要であるところ（旧民事訴訟法五三九条、民事執行法八条）、本件では執行吏も同行しており右許可があったとみられ、Yとしても真に執行をする目的を有している（和解調書による執行につき強制執行停止決定がなされていたが、第一審判決でこれは取り消され仮執行宣言がなされている）と解されるからである。従って、通説の立場からは本件の事情が控訴権放棄に与える影響はないということになる。

通説に対し、近時は個々の訴訟行為の特性と関係人の利益考量を重視して意思の瑕疵を顧慮すべしとの立場が有力である。[16] 控訴権の放棄がなされると、当該判決手続はそれ以上に新たな行為を重ねないが、他面、判決の確定を前提とした当事者の処分行為や執行行為がなされる可能性がある。また、当事者間の事情としては、誰による行為が原因で瑕疵が生じたか、相手方はこれを知りえたか、などが考察されることになろう。[17] しかし、本件の場合には民法上の強迫（九六条）、すなわち違法に害悪を示して畏怖を生じさせる行為[18] にもあたらないと考えられるから、有力説の立場でも控訴権の放棄に影響はないと思われる。

三　判示事項の第一点は上告理由(2)に対する応答である。この点は正当であると考える。控訴権の放棄も意思表示であるから、控訴権放棄の意思でその旨を表示すれば意思表示として完成し、

名宛人たる裁判所に到達することによって効力が発生する（民法九七条）。本件は控訴提起後の控訴権放棄であるから控訴裁判所に対して行なうことを要し（三六五条一項）、それがいかなる経路をたどったものであろうと、ともかくも控訴審裁判所に到達すればそれで効力が発生する。つまり、申述の方向ではなくその到達点が重要である。

多少問題にしうるのは控訴権の放棄の効力発生時期である。本判決は「少なくとも」第二審到達の時において効力が発生したとする。これに対し第二審判決は「控訴権放棄の書面が（中略）原審に提出され次いで本件記録に綴附せられて当裁判所に到着したものである以上は（中略）右書面提出によって控訴権放棄の効力を生じたものとなすべきこと当然である[19]（傍点筆者）」としており、第一審提出時に効力が発生するとも解しうる表現をする。民訴法三六五条一項が控訴提起の前後で控訴権放棄をなすべき裁判所を区別していることにつき、最高裁判決は「便宜上のこと」と言っている。これは、控訴前は事件は潜在的に第一審裁判所に係属していて移審しておらず、記録も第一審裁判所にあるのに反し、控訴後は事件が控訴裁判所に係属するから、このような区別をして申述させる方が事件処理に便宜かつ適当であるとの趣旨だと考えられる[20]。事件処理の便宜というのは、事件の審理と全く無関係なところに放棄書が出されて放棄の有無が不明になり、その結果手続の混乱が生ずるということがないようにする、ということであろう。この点を強調すれば条文の文言にかかわらず、放棄の意思表示の存在が審理する裁判所に明らかになるような形で申述がなされればその時点で効力が発生するとの考えも成り立ちうるように思う。そうすると本件のように控訴提起の直後で記録もまだ第一審にあると考えられるような場合には、第一審に提出された放棄書が記録とともに第二審に送られるのはほぼ確実であろうから、提出の時点で効力の発生を認めても不都合はないであろう。さらに、書記官が優秀であって記録等の取扱いも大変デリケートになされている現実の下では誤って第一審に放棄書が提出されてもそれはすぐに第二審に送られるはずであり、控訴提起後の第一審への放棄の効力を制限する理由はないと言ってしまってもよいかもしれない[21]。また、誤って放棄書を受付けてしまった裁判所側のミスを（実はその放棄の効力はなかったのだという形で）当事者の不利益におしつけるのも避けたいところである。

しかし、理論的には控訴提起によってもはや事件の係属していない第一審裁判所に控訴権放棄の意思表示を受領する権限はない[22]というのがすっきりしている。そうすると三六五条一項は移審の効力の発生時点を境にして現に事件の係属する裁判所に放棄をなさしめる趣旨であり[23]、便宜論を持ち出すまでもなく理論上の当然の帰結であるということになる。私もこの見解を支持したいと思う。第一に、条文の文言に合致し、理論的に説明できる。第二に、控訴提起後に第一審になされた放棄を有効とする立場をとっても最終的には放棄の意思表示が控訴裁判所に

到達することを必要とする（到達を停止条件とし、あるいは不到達を解除条件とする）なら結論に差はないし、そうした上で到達以前に効力発生時期を早めるメリットがあるのかも疑問である。第三に、控訴審の審理が終了する直前に第一審に提出された放棄書の効力まで認めるわけにはいかない。第四に、一定限度で控訴提起後の第一審への放棄を認める立場はその基準が不明であるし、記録の送達の有無というような内部的な事項を基準とするのも適当でない。以上のような理由である。

本件判旨は、三六五条一項につき「要は裁判所に対する申述を必要としたものに過ぎない（傍点筆者）」と言い、効力発生時期につき「少なくとも」第二審到達時であるという。少々歯切れの悪い言い方であるように思う。

四 判示事項の第二点は上告理由(3)に対する応答であるが、これも正当である。旧弁護士法二四条一号は現行弁護士法二五条一号と同趣旨であり、その目的は(1)当事者の保護（当初の依頼者の不利益防止）と(2)弁護士の品位信用の保持である。[24] 本件では放棄書の提出という単なる事実行為があるのみだから、右規定の目的に反せず、同条違反とはいえない。

五 判示事項の第三点は上告理由(4)への応答である。これにも賛成したい。

三六五条二項の趣旨は(1)控訴却下の判決をする負担を省き(2)却下判決に対する上告による訴訟完結の遅れを防止することにある。[25] つまり、控訴取下は事件を裁判所から離脱させる便宜をはかるため政策的に要求されるものである。重要なのは控訴権を放棄するという意思があるかどうかであり、この点が明らかである以上、右政策的規定の違反をもって控訴権の放棄を無効とすべきではない。このことは同時に控訴取下がなされない場合のみならず全く取下がない場合も同様であると解する。無効説[26]は判決の労を惜しむあまりに当事者の意思を軽視する結果となるし、黙示の控訴取下を考える説[27]も取下を効力要件とする前提に立つ限りにおいて妥当でないと考える。全く取下げがない場合、裁判所は控訴却下の判決をして事件を終結することになる。[28]

六 本件については、野間繁・民商法三五巻五号一三三頁（末川編・最高裁民事判例批評第六巻二二六頁）、三ケ月章・判例民訴法二八九頁、青山義武・判タ二三号三八頁の評釈がある。

(1) 斎藤秀夫編著・注解民訴法(6)八六頁（斎藤秀夫執筆）（昭五五）。
(2) 石川明「上訴権放棄と不上訴の合意」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴』(上)二九〇頁（昭五五）。
(3) 新堂幸司・民訴法〔第二版〕五四九頁（昭五六）、三ケ月章・民訴法〔第二版〕（法律学講座双書）五三一頁（昭六〇）、兼子一・民訴法体系四四三頁（昭四〇）、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・民訴法講義〔補正版〕五八三頁（林屋礼二執筆）（昭五四）など。
(4) 前掲注解八七～八頁。
(5) 中島弘道・日本民訴法一五六二頁（昭九）、石川前掲二九一頁。
(6) 前掲注解八八頁。

(7) 前掲注解八八頁は「控訴権を保有する間に限る」とするが、それがいつまでであるのかははっきりしない。
(8) この点の検討につき、石川前掲二九六頁以下。
(9) 前掲注解八六頁。
(10) 民集六巻七号六九八頁。
(11) 例えば、兼子前掲二一三頁、三ケ月前掲三三二頁。
(12) 大塚仁・注解刑法〔増補第二版〕九七七頁（昭五二）
(13) 第二審判決の理由中にこのような説明がある。民集六巻七号六九八頁。
(14) 三ケ月章・判例民訴法五六事件（本件評釈）二八九頁。
(15) 青山義武・判例タイムズ二三号三九頁（昭二七）は、脅迫の存在が上告理由とされていないこと、裁判所も職権による判断が可能であるのにそれをしていないこと、について、この程度のおどしでは問題にならないとの考慮があったのだろう、とする。
(16) 最近の文献として、松本博之「当事者の訴訟行為と意思の瑕疵」講座民事訴訟第四巻二八三頁以下（昭六〇）。
(17) 錯誤について、松本・前掲三一三頁以下。
(18) 我妻栄・新訂民法総則三一二頁（昭四〇）。
(19) 民集六巻七号六九八頁。
(20) 前掲注解九二～三頁。
(21) この点はわれわれの研究会（慶大民訴研）で指摘のあったところである。
(22) 三ケ月・前掲判民二九一頁。
(23) 三ケ月・前掲判民二九〇頁。
(24) 櫻田勝義・判例弁護士法の研究三七頁以下（昭四五）。
(25) 前掲注解九六頁。
(26) 細野長良・民訴法要義Ⅳ二九八～九頁（昭九）。
(27) 中島・前掲一五六五頁。
(28) 前掲注解九七頁、兼子・前掲四四三頁、新堂・前掲五四九頁。

昭和六一年一月一五日

伊藤敏孝

昭二七12（最高民集六巻八号七〇七頁）

受領者欄に受送達者の記名押印のある送達報告書用紙持参者に対してなされた民訴第一六三条による送達の適否

株式名義書換請求事件（昭和二七年八月二二日第二小法廷判決）

原告Xより被告Y会社に対し、株式名義書換請求がなされたが、第一審・第二審ともXが勝訴した。Yの訴訟代理人は弁護士Aであったが、Aは、Aの主宰する法律事務所に常勤し、同人の指揮命令を受けて法律事務に従事していた弁護士Bに対し、原判決謄本の受領を命じ、印鑑の使用も許していた。原判決言渡当日Bは判決謄本受領の折に、書記官から判決正本も受領するようにいわれ、判決正本送達のための送達報告書用紙を持帰り、受領者欄にAの記名押印をしたうえ、これを裁判所に持参し書記官から原判決正本の交付を受けた。ところが、BはAに判決正本を受領したことを一言も告げず、そのまま忘れていた。Aは上告の必要があるため、裁判所に判決正本送達を督促したところ、すでに昨日執達吏に托したとのことであった。ところが、あまり送達が遅いので再び催促しようとしたところ、すでにBが判決正本を受領しており、上訴期間を徒過していることが判明した。そこでAはYに代理して上告を申し立て、これに際し次のように主張した。Bには判決正本の受領の権限は全くない

し又委任もされていない。従って、原判決正本は未だ権限ある受領者に送達されていないのであるから、民事訴訟法第三九六条により準用せられる同三六六条但書によって上告する。また、送達があったとしても、Aからの問合せに対し、書記官が間違った説明をしなければ、上告期間中に判決正本受領という事実を知ることができたはずである。従って、Aが期間を懈怠したのはAの過失ではなく書記官の過失によるものであり、民訴第一五九条により追完を申し立てる。

これに対し最高裁は次のように判示した。「記録によれば、本件につき東京高等裁判所が昭和二五年一二月二八日言渡した判決は即日上告人の訴訟代理人成富信夫に対し民訴一六三条所定の方法により送達されたことが明かである。ところが本件上告申立書が当裁判所に提出されたのは右送達の日から二週間の上告申立期間を経過した後の昭和二六年一月二〇日であるから、本件上告は不適法として却下すべきものである。

尤も審尋の結果によると、右送達にあたり、原判決正本は送達名宛人たる前記成富信夫自身に交付されたものではなく、弁護士御手洗文麿に交付されたものであることを窺うに足りる。

併し、右弁護士御手洗文麿は当時弁護士成富信夫の主宰する法律事務所に常勤し、同人の指揮命令を受けて法律事務に従事していた者であって、原裁判所係書記官からあらかじめ交付を受けた判決正本送達のための送達報告書用紙を右事務所に持帰り、受領者欄に成富信夫の記名押印をした上、これを原裁判所に持参し係書記官から原判決正本の交付を受けたものであること並に右正本の受領及びそのためにする印鑑の使用については特に成富信夫から明示の許諾を得ていなかったが、かねて同人から原判決謄本の受領方を命ぜられ印鑑の使用を許されていたので、右印鑑を用いて原判決正本を同時に受領しても敢て同人の意に反するものとは思われない状況であったことは、いずれも上告代理人提出の陳述書に添付された御手洗文麿名義の始末書に徴してこれを認め得る。

そして、このような場合、記名押印のある送達報告書用紙の持参者を送達名宛人自身と同視し、これに判決正本を交付して民訴一六三条の送達をすることは裁判所多年の慣行であるのみならず、同条の解釈として許されるものと解するのが相当であるから、上告人に対する原判決正本は適法に送達されたものというべきである。

然るに本件上告が右送達後法定の期間内になされ得なかったのは、前記御手洗文麿が原判決正本受領の事実を送達名宛人たる成富信夫に告げなかったためであることは審尋の結果により明白であって、たとえその間、主張のような、原裁判所係書記官の誤った言明により右正本受領の事実の判明が遅れたという事情があったとしても、右御手洗文麿の責を少しも軽減するものではない。

されば本件上告期間の徒過は民訴一五九条にいわゆる『当事者が其の責に帰すべからざる事由により不変期間を遵守すること能わざりし場合』にはあたらないと解すべく、従って追完は許されないものといわねばならない。」――却下

判旨に賛成。

一　送達名宛人が、直接裁判所に出頭せずに代わりの者、例えば弁護士事務所の事務員を裁判所に派遣し、訴訟書類を提出・受領することは裁判所多年の慣行とされている。(1) 本判例は、はじめて書記官から送達報告用紙の受領者欄に受領者の記名押印をしたものを持参した者に対する判決正本の交付も民訴法一六

三条による送達として適法であることを認めたものである。(2)

二　送達とは、法定の方式に従って、当事者その他の訴訟関係人に対し訴訟書類を交付してその内容を了知させるために行なわれるところの裁判機関の訴訟行為である。(3) 送達は、原則として、送達吏員が受送達者に送達書類を交付するという方法によって行なわれる。(4) そして、送達場所において受送達者に出会わない場合、事務員、雇人又は同居者であって事理を弁識するに足りる知能を具うる者がいるときは、この者に送達書類を交付して送達を行なうことができる（民訴法一七一条一項）。(5) この送達は補充送達といわれるが、補充送達は、「送達場所において受送達者本人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直ちに受送達者本人に到達することが期待できる者を法定し、その者に送達書類を交付することにより送達が完成するものとした」といわれている。(6) すなわち、補充送達においては、事務員は一種法定の受領権限を有する使者又は弁護士の補助者（私法上のいわゆる履行補助者）としての性格を有していると考えることができる。(7)

本件においてBが判決正本を受領したのはAの事務所ではなく裁判所であり、従って本件送達は補充送達ではない。しかしながら、AとBとの関係をみると、BはAの主宰する法律事務所に常勤し、同人の指揮命令を受けて法律事務に従事していた者であり、民訴法一七一条の「事務員」に該当すると考えられる。従って、もしBが判決正本の交付を受けたのがAの事務所内であったのならば、本件送達は補充送達として当然有効とされたであろう。そのBが、Aの命令により、裁判所に出頭して判決正本を受領したのであるから、補充送達が有効とされるのであれば、同様の理によりBの裁判所での受領も当然有効とされるべきである。(8) すなわち、Aが事務所で受領しても、裁判所で受領しても送達は有効である。ならば、Aの事務所でAの代わりにBが受領しても、Aの命令でBが裁判所に出頭して受領しても同様に送達は有効と解すべきである。

本件では、AはBには判決謄本の受領しか委任していないと主張している。しかしながら、判決正本の受領及びそのためにする印鑑の使用については特に明示の許可は与えていなかったが、謄本の受領を命じ、印鑑の使用も許していたのである。この印鑑を用いて正本を同時に受領してもあえてAの意に反するものとは思われないという状況であったようであり、印鑑の使用を許可したことにより正本の受領につき黙示の授権があったとみても不当とはいえないであろう。(9)

要するに、本件においては、Bには正当な受領権限があり、AのBは無権限であったという主張は不当なものであり、判決正本の送達は適法に行なわれたものといえる。

実務上、受送達者から書類の受領権限を委ねられた者が裁判所に出頭した場合に、書記官が受送達者本人の受領書等をとって送達を実施するという慣行が存在することは前述したが、この点については、本件のように受領権限をめぐって後日争いが

生じたり、事務員が悪意をもって書類を破棄した場合など問題が多いと思われる。重要な書類の送達については、裁判所、訴訟代理人とも慎重な取り扱いが望ましい。[10]

三　次に、Aが上告期間を徒過したのはAの過失ではなく書記官の過失によるものであると民訴法一五九条による追完を申し立てているが、この点について検討したい。

民訴法一五九条は、「当事者が其の責に帰すべからざる事由に因り不変期間を遵守すること能はざりし場合に於ては其の事由の止みたる後一週間内に限り懈怠したる訴訟行為の追完を為すことを得」と規定している。これは不変期間の徒過は裁判の確定という重大かつ終局的な結果を招き、又通常短期間であるので、当事者がこれを利用しようとしてもできない状態にあってこれを徒過した場合、そのままにしておくことは衡平の見地からも妥当でないからである。[11] ここで責に帰し得ない事由とは、「訴訟をやって負けたくないと思う以上払うべき万全の注意を充分に尽しても、これを避けることのできないと認められる事由」をいう。[12] 当事者の責に帰すことができない事由があるか否かは、まず本人につき判断されるが、訴訟代理人が選任されている場合には、訴訟代理人も本人と同視され、ことに弁護士が訴訟代理人である場合には、法律の専門家であり、当事者に代わって訴訟行為を追行することはその本来の職務であるから、一般に厳格な注意義務を負っていると解される。[13] 弁護士の事務員に過失があった場合には、弁護士の事務員は履行補助者であるから、民法の履行補助者の過失と同様の理により、当事者の責に帰すべき事由ありと解すべきである。[14]

類似のケースとしては、大審院昭九・五・一二第三部判は、訴訟代理人の事務所で判決正本その他の書類を受領する権限を付与せられた筆生が正本を受領しながら過失により受領の事実を訴訟代理人に告げず、この為控訴期間を徒過したときは民訴法一五九条に該当せずとした。[15] また、最高昭和二五・九・二一第一小決は、原決定正本が第三者方に設置してある抗告代理人の事務所に送達され、抗告代理人が右第三者から原決定正本を受領したのは、原決定に対する抗告申立期間経過後であったとの事由は、不変期間不遵守について当事者の責に帰すことができないものとは認められない、としている。[16]

本件においては、Aが判決正本が送達されない為裁判所に送達を督促したところ、書記官の誤った説明のため正本受領の事実の判明が遅れたという事情があり、この点書記官に過失があったといえる。しかしながら、本件上告が右送達後法定の期間内になされ得なかったのはむしろBの過失による所が大である。Bは、弁護士であり判決正本受領が重大な事実であることは充分に認識しえたはずであり、即刻事務所を主宰しているAに報告するべきであった。それを全然忘れていたのであるから過失があったとされてもやむを得ないであろう。また、AはBに判決謄本の受領を命じていたのだから、この件についての報告を聞くべきではなかったか、そうすれば正本受領の事実について

も容易に判明したであろう。Aの監督にも問題があった。すなわち直接A自身にも過失があったといえるのではないか。いずれにせよ、本件では、裁判所側に過失が存在したとしても、上告期間を徒過したのは弁護士側の過失による所が大であり、自己の責に帰すべからざる事由によるものとはいえない。追完が拒まれてやむを得ないであろう。

以上のような理由により判旨に賛成である。

（付記）本件については、他に三ヶ月・判例民事法昭和二七年度二一一頁、川添・判例タイムズ二三号四〇頁、兼子＝染野・判例法学全集上二六〇頁の評釈がある。

(1) 斎藤編・注解民事訴訟法(3)一八頁。
(2) 岩松＝兼子編・法律実務講座民事訴訟編第二巻三二五頁。
(3) 岩松＝兼子編・前掲二九一頁、兼子・条解民事訴訟法Ⅱ二五頁、菊井＝村松・民事訴訟法Ⅰ（追補版）九一五頁。
(4) 岩松＝兼子編・前掲三二〇頁。
(5) 岩松＝兼子編・前掲三二〇頁。
(6) 岩松＝兼子編・前掲三二〇頁。
(7) 兼子・前掲三八頁、兼子＝染野・判例法学全集上二五七頁。
(8) 増田・本件批評・民商法雑誌三五巻五号一四八頁。
(9) 増田・前掲一四八頁、岩松＝兼子編・前掲三二一頁以下は、送達場所にいながら、事務員、雇人又は同居者でない者でも、受送達者が特に印鑑を渡す等の行為によって書類の受領権限を与えている場合には、その者は受送達者の委任による使者と認められる、としている。
(10) 菊井＝村松・前掲九二九頁、兼子＝染野・前掲二五八頁。
(11) 兼子・前掲二〇頁、菊井＝村松・前掲九〇二頁。
(12) 兼子・前掲二一頁。
(13) 菊井＝村松・前掲九〇六頁、大審院昭和五・六・一八民四部判法律評論一九巻民訴二二七頁、大審院昭和六・六・三〇民五部判法律評論二〇巻民訴五一三頁。
(14) 弁護士は、補助者の行為によって利益を得るのであるから、信義則上も補助者に過失があった場合、これを弁護士自身の過失として責任を負うべきである。兼子・前掲二二頁以下は、「但し、ドイツの判例学説は一般に、この場合民法上の履行補助者の過失の理論に従わず、選任監督の注意をしていた場合は責に帰すべき事由とはならないとすることに注意すべきである」とされる。石川・判例百選一七五頁、我妻・債権総論一〇六頁以下、松坂・債権総論七〇頁、森泉他・民法講義4債権総論六五頁。
(15) 民集一三巻一〇五一頁、その他、大審院昭和一五・一〇・五民四部決法律評論三〇巻民訴三九頁。
(16) 民集四巻九号四三三頁。

小池　順一