

Title	〔下級審民訴事例研究三〕 口頭弁論期日呼出状の書留郵便に付する送達が無効とされた事例 (高松高裁昭和六三年九月六日判決)
Sub Title	
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko) 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	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.1 (1990. 1) ,p.109- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900128-0109">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900128-0109</a>

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.

書四六八頁、竹下・前掲書三八六頁、伊東・林・前掲書九八頁、伊東・黒津・前掲書一二七頁。

(16) かような結論は菊井・前掲判例研究と同じであるが、菊井・判例研究は後段の部分については「いくつかの……評釈もあることだからこれに譲る」として特に論じていない(一〇七頁)。山口・前掲判例研究は後段の問題については大審院判例とそれを批判する兼子・判例研究の紹介に留めている。

なおこの後段の問題について実務の動向が注目されるところであるが、実務についての従前の報告を見ると、報告内容がそれぞれ異なっているように思う。例えば、実務ではいわゆる統行期日に欠席したものに對しては呼出状の送達を行うが、判決言渡期日に欠席した場合は行っていないのが「通例である」(奥村・前掲書一七五頁、実務講座二七三頁)との見解がある一方で、「実務では(知られて

## 〔下級審民訴事例研究三〕

### 3 口頭弁論期日呼出状の書留郵便に付する送達が無効とされた事例

高松高裁昭和六三年九月六日判決(昭六三(ネ)第一四五号離婚等請求控訴事件、判例タイムズ六八四号二三八頁)

〔事 実〕

昭和五六年一月一九日XはYを相手取り離婚等請求の訴え

を提起した。昭和六〇年二月七日の第一五回口頭弁論はX不出頭のまま延期となり次回口頭弁論期日は追って指定とされた。

いる範囲では)、効力のいかんはともかく、不出頭者に対して期日の送達をなしているものが多いようである(寺本・前掲書九頁)とか、「実務の取扱が判例・学説のいずれに従っているかは、必ずしも明らかではない」(古関・前掲書二〇頁)との記述が見られるからである。この問題で実務の動向を探ることそのものが困難なことを意味するように思う。また最近の実務の手引きとも思える『民事書記官事務の手引き(訴訟手続)』訟廷執務資料五六号(昭61)一一〇頁は「当該期日に当事者の一方が不出頭の場合は、直ちに期日呼出状を作成するか、又は簡易の方法で呼出しをする」と述べている。しかし、他方において裁判所書記官研修所『教材民事訴訟法(改訂版)』研修資料二〇号(昭59)は判決言渡期日の指定につき、期日欠席者に呼出状は必要ないとの判例の幾つかを教材にしている。

坂原 正夫

なおXは昭和六〇年一月一二日に「訴訟手続中止の承継願」なる書面を提出していた。

そして昭和六一年一〇月二三日になって第一六回口頭弁論期日は同年一二月四日と指定されたが、Xに対する呼出方法は次の通りであった。すなわち裁判所書記官は同日、右期日の呼出状につきXの肩書地あてにまず特別送達を試みたが、同人不在により昭和六一年一月六日に還付されたので、次いで同月一八日再度特別送達を試みたが、これも不在により同年一二月三日還付された。そこで裁判所書記官は右二度目の特別送達が還付されるに先立ち、同月二日、右期日の呼出状につきXの肩書地あてに書留郵便に付する送達（以下「付郵便送達」という）手続をなし、郵便局配達担当者によって同月三日、四日兩日配達を試みられたが、いずれも不在のため同月一七日還付された。なお右付郵便送達が行なわれた際、右送達の実施及びその効力を記載した通知書が普通郵便でXに送達された形跡はない。

第一六回口頭弁論期日である昭和六一年一二月四日には当事者双方が欠席したため休止となり、その後三ヶ月以内に期日指定の申立はなされなかった。Xが昭和六二年一二月一七日に口頭弁論期日指定の申立をしたところ、裁判所は同年三月四日の経過により訴えの取り下げがあったものとみなされ終了したとの宣言をなした。

そこでXは控訴し、第一六回口頭弁論期日にXおよびYとも不出頭により休止となり、その後三ヶ月の経過によって訴えの

取り下げがあったものとみなされ、訴訟終了の処理がなされているが、Xは訴え提起以来一度も訴え取り下げの意思表示をしたことがなく原裁判所の右処理は不当であると主張した。

〔判旨〕

これに対して控訴審は、次のような理由づけによって原判決を取り消し事件を原審に差し戻した。すなわち、「民法二三八条所定の訴え取り下げの擬制は、当事者が適法に呼出を受けた口頭弁論期日に出頭せず……三ヶ月以内に口頭弁論期日指定の申立がない場合に、当事者には訴訟を維持進行する意思がないとして訴えの取下げがなされたことを擬制する趣旨のものであるから、右期日の呼出が適法有効になされていなければならぬことはいうまでもない。……」

送達が適法有効になされたというためには、送達されるべき文書がその目的を達するように送達されなくてはならず、右文書が本件のように口頭弁論期日の呼出状であるときは、被送達者の右期日への出頭が可能となるようになされなければならないのであって、この理は付郵便による送達の場合といえども異なるところでない。……

たとえ付郵便による送達の方法をとらざるをえないとしても、右方法により郵便物が受取人不在のため配達できなかったときは、その送達担当者はそれから一〇日間右郵便物を郵便局内に留め置き、その間受取人の申し出によって再度配達することも、また、局内で直接交付することもでき、これらがなされなかつ

たとき始めてこれを差出人に還付することとされている……のであるから、右郵便物は始めに配達を試みられたときから一日間はなおこれが受取人に再び配達され、又は交付される余地を残しているのである。

そうすると、付郵便による送達によって受取人に到達したものとみなされた文書が、右郵便局内の留め置き期間である一日間のうちにその目的を達成できなくなるような内容のものであるときは、右送達は適法有効になされたものとみることはできないものと解すべきである。

これを本件についてみるに……原裁判所第一六回口頭弁論期日の呼出状は付郵便による送達方法により右期日の二日前に送達されたもので、右期日の前日及び当日に配達を試みられたが、いずれもX不在のためその目的を達することができなかったのであるから、少なくとも最初に配達された日から一日間はXに右呼出状受領の余地が残されていたものであるところ、右口頭弁論期日は右期間の起算日に到来するものであることが明らかである。そうすると、右付郵便による送達方法によってXに届けられるべき呼出状は、郵便局内の留め置き期間である一日間のうちに、その目的を達成できないような内容のものであるというべきであるから、右送達は違法無効のものとして解さざるをえない。仮に、最初に右呼出状の配達を試みたとき、いまだ口頭弁論期日が到来していなかったことから、右付郵便による送達を有効と解する余地があるとしても、前記のとおり右呼出状

は口頭弁論期日の前日及び当日に配達を試みられているのであるから、Xが右配達によって右期日を知ることができても、右期日に出頭して口頭弁論をなすに必要な準備をする余地はほとんどなかったものといわざるをえず、まして、前記認定の事実によると、右期日の前の第一五回口頭弁論期日はX提出の書面を斟酌したためか延期となり、次回口頭弁論期日は追って指定することとなっており、それから約一年八ヶ月半も後に、職権をもって第一六回口頭弁論期日を指定していることが認められるのであるから、右期日の指定はともかくとして、Xに対するその呼出状を前記態様の付郵便による送達をもってなしたことは余りにもXの対応を無視したものであるといふべく、いずれにせよ、右呼出のための前記送達は違法無効たるを免れない。」

〔評釈〕

判旨に賛成する。

一、本判決は、口頭弁論の期日の呼出状の送達が右期日の二日前に郵便に付する送達（以下「付郵便送達」といふ）によってなされた場合につき、そのような送達は、送達された文書が書留郵便の留め置き期間一日以内はその目的を達成できなくなるような内容のものであって不適法・無効であるとするものである。付郵便送達は発送と同時に効力を発するものとされているが（一七三条。以下特に断わらないかぎり条文はすべて民事訴訟法のそれである）、本件では、たとえ付郵便送達であっても送達される文書がその目的を達するようになされなにかぎり当該送達は無

効であるとの立場を明らかにするものであり、判例の乏しい本件のような事例につき、付郵便送達の有効性に対し要件を一つ付け加えたものと評価することができであろう。<sup>(1)</sup>なお付郵便送達がなされるのは一七二条のほか一七〇条二項の場合もあるが、本件との関係で、本稿での考察はもっぱら前者の場合を対象とする。

二、付郵便送達の効力はその發送の時に生じるものであり（一七三条）、名宛人に到達したか、あるいはいつ到達したかは問われない。<sup>(2)</sup>その意味で付郵便送達は名宛人に対し不測の不利益を生じることがあることから、従来学説上は付郵便送達の運用は慎重であるべきであるとされてきた。<sup>(3)</sup>しかし今日の社会構造の変動に伴い人は昼夜の区別なく働き、夜だけは住居に落ち着くという従来の社会通念は急速に崩れつつあるし、核家族や夫婦共働き家庭の増大、個人主義の拡大による隣人との付き合いの希薄化という現象も指摘できる。このような状況のもとでは付郵便送達を必要とする状況はいわば構造的なものである。その点からいえば、付郵便送達をなすべきか否かを決定する際の一七二条の要件の判断にあつての厳格さは送達する書類毎に違って来ざるを得ないであろうが、<sup>(4)</sup>一般的にいえば付郵便送達の活用について消極的になることはもはや許されない状況にあるといえよう。

そこで本件の事実関係を見れば、第一六回口頭弁論の呼出状につき付郵便送達を行う前にXの肩書地に二回の特別送達を試

みられいずれも不在により書類が還付されているのであり、これは「前条ノ規定ニ依リテ送達ヲ為スコト能ハサル場合」といえよう。ただ、二回目の特別送達に付された書類が還付される前に付郵便送達がなされている点で若干その取扱いに疑問がないではないが、少なくとも一度は適法な特別送達に付された書類が還付されている以上、他の日時ないし方法によれば確実に送達ができるといふ合理的な見込みがない限り一七二条の要件は満たすと考える。<sup>(5)</sup>

三、ところで付郵便送達は、補充送達や差置送達ができない場合にその行き詰まりを打開するための補充的な送達方法であるが、①利害関係人とその書類の内容を確実に知らしめ、②自己の利益を守りうる機会を保証するという機能の点においては通常の交付送達と異なるところはない。ただ現実問題として送達の可能性が低いことと相俟って手続の促進の観点からその効力発生時期につき発信主義がとられているにすぎないのである。この点で現実の送達を期待することなく手続の進行を予定している公示送達と根本的に異なる。このような観点に立つならば、付郵便送達にあつても、名宛人が送達文書の内容を了知しかつそれによって適切な対応をとることで自己の利益を守る機会が保証されるように最大限の努力が払われるべきであり、もし付郵便送達が、名宛人が書類の内容を了知した後それに対して適切に対処しうるだけの時間的余裕をもってなされていないかぎりそれは違法といふべきである。その意味で一七二条の要件を

満たすことは、付郵便送達の有効性の必要条件ではあるが十分条件ではない。

付郵便送達は当該書類を書留郵便に付してなされるが(二七二条)、郵便実務上は、受取人が不在のため配達できなかった場合には不在配達通知書を作成して適宜の場所に差入れ、当該郵便物は持ち帰り(集配郵便局郵便取扱規程二六一条)郵便局で一〇日間保管しその間に配達することも交付することもできないものについては差出人に還付するものとされている(郵便法五二条一項、郵便規則九〇条)。すなわち最初の配達の日から少なくとも一〇日間は、名宛人には当該書類を了知する機会を保証しようとする政策的意図に基づくものである。よって本件のように、右一〇日の期間内に口頭弁論期日が到来するような方法で呼出状につき付郵便送達がなされたような場合には、名宛人からは書類の内容を了知する機会のみならずそれに対し適切に対処するという機会も奪われたのであり、このような付郵便送達は違法無効であるといわざるを得ない。しかしまた、たとえ口頭弁論期日が最初の配達の日から一〇日目以後に到来するように付郵便送達がなされた場合であっても、その期間の満了から口頭弁論期日までの時間が極端に短い場合にもそのような送達はやはり違法無効といふべきである。ただしこの場合は名宛人には書類の内容を了知する機会が保証されているが、当該期日に出頭して口頭弁論をなすための準備をする時間的余裕がなく適切な対処の機会が奪われているからである。また実務では受送達

者の被る不利益を最小限にしようとする趣旨から、付郵便送達では書留郵便に併せて普通郵便を出しているといわれるが、これについては民訴法に規定はなく、名宛人が当該書類を了知し易いという実務上の効果をねらったものにはすぎないのであり、これを欠いたからといってそのことだけで当該付郵便送達が無効になるわけではない。

四、以上の考察から本件付郵便送達は違法かつ無効なものであり、判旨に賛成する。

ただ、より望ましい処置としては、裁判所書記官としては第二回目の特別送達をした以上それが配達不能で還付されるまでの予想期間は付郵便送達をなすことを控えるべきであったし、昭和六一年一月三日に当該送達書類が還付された時点で同年一月四日の口頭弁論期日への呼出状につき付郵便送達をなすことは不合法であることを認識し、裁判長に期日の延期を事実上提案すべきであったのではあるまいか。また裁判長にも昭和六一年一月二日に裁判所書記官が付郵便送達をする時点で名宛人が同年一月四日の口頭弁論期日に出頭するための準備をすることはほとんど不可能なことは明かであったのであるから、むしろ自発的に口頭弁論期日を延期し、あらためて呼出状の特別送達をなさしめるという処置をとるべきであったといえよう。

(1) 札幌高判昭二六・四・二高民四卷四号八七頁も本件と類似した事例において同旨を述べる。

(2) 大判昭八・二・八新聞三五二〇号八頁。

- (3) 斎藤編・注解民事訴訟法(3)五六頁〔斎藤〕、兼子・松浦・新堂・竹下・条解民事訴訟法四四三頁、菊井・村松・全訂民事訴訟法(1)九五八頁等。このことは清水「昼間不在者に対する送達について」書研所報三一〇号(創立三〇周年記念論文集)三〇〇頁に掲げられた各地裁本庁の処理の調査結果からもうかがえる。なお大正一五年の改正に当たり、日本弁護士協会東京弁護士会は付郵便送達の不採用の意見を具申した(第五一回帝國議會議事訴訟法改正法律案委員会議録・付録一〇頁)。
- (4) 名古屋高判昭四四・一〇・三一高民二二卷六号七四九頁は、一七二条の要件の判断に当たっては判決の送達は訴状の副本や期日呼出状の送達よりも厳格に取り扱われるべき旨を述べる。
- (5) 東「郵便に付する送達の諸問題」判タ六四〇号三八頁は、例えば第一回口頭弁論期日の呼出が付郵便送達によってなされ、第二回期日が二ないし三週間先に指定された場合で、かつ第一回期日の執行官送達の報告書等からみて特別送達による送達が到底不可能なことが明白な場合には、いきなり付郵便送達をなすことはできるとする。もっとも同三九頁は、判決正本については、民法一七二条の要件の判断につきより慎重を期すべき旨を主張している。また清水・前掲論文二九五頁以下は、受取人不在の理由で送達できなかった場合速達の取扱いによる郵便送達や執行官による休日、夜間の送達を試みるのも一つの方法であるとす。
- (6) 東・前掲三八頁参照。

三上 威彦