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

Title	〔下級審民訴事例研究三一〕 訴状の付郵便送達を知らずに欠席のまま敗訴判決を受けた当事者から、その後の強制執行中に任意弁済を受けた勝訴の当事者に対する不法行為に基づく損害賠償請求が、付郵便送達の過程における勝訴当事者の軽率な対応を理由に認容された事例 (東京高裁平成五年三月三日判決)
Sub Title	
Author	高﨑, 英雄(Takasaki, Hideo) 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	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.5 (1994. 5) ,p.148- 160
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=AN00224504-19940528-0148

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.

がって、代表権濫用行為も有効であり、ただ濫用の意図につき悪意の相手方に対しては会社は一般悪意の抗弁をもって対抗できると解すべきである（通説）。

以上に述べてきたように、原判決・控訴審判決のいずれの論旨にも賛成できない。

来住野　究

〔下級審民訴事例研究三一〕

31　訴状の付郵便送達を知らずに欠席のまま敗訴判決を受けた当事者から、その後の強制執行中に任意弁済を受けた勝訴の当事者に対する不法行為に基づく損害賠償請求が、付郵便送達の過程における勝訴当事者の軽率な対応を理由に認容された事例

東京高裁平成五年三月三日第三民事部判決（東京高裁平成三年（ネ）第一九八一号損害賠償請求控訴事件、判例時報一四五六号一〇一頁）

〔事　実〕

本件の事実の概要は次の通りである。

Y（信販会社）は、Xを被告として貸金等＝これはXの妻Aが勝手にX名義で借入れ等をしたもののようである＝を請求する同種の前訴二件（以下一括して前訴という）を提起したが、X住所地における訴状の送達ができなかったため、前訴の受訴裁判所はYに対しXの就業先等につき調査するよう照会した。

この照会に対しYの担当者Bは、従前からの知識に照らせば容易にXの具体的な就業場所を把握することができたのに、安易に「不明」と回答した。そのため前訴の受訴裁判所は、訴状及び口頭弁論期日呼出状の送達をX住所地に宛てた付郵便送達により行った。訴状等はXの手元に届かず、X欠席のまま弁論が終結され判決が下された。各判決はXの住所地に送達され、Aが同居者として受領したが、AはそれをXに伝えなかったため、

Xからの控訴がないまま各判決は確定した。Yより給料の差押えを受けたXは、やむなく二八万円を任意弁済した。その後Xは、前訴につき民訴法四二〇条一項三号に基づく再審の訴えを提起したが、控訴の追完がなしうる場合であったこと等を理由に却下された（確定）。

右再審の訴えに前後して、Xは、Bが右付郵便送達に際しての前訴受訴裁判所からの照会に対して「不明」と回答したのは故意または重過失に基づくものであり、また、受訴裁判所の裁判所書記官及び裁判官も付郵便送達を行うにつき過失があったと主張して、Y及び国に対して不法行為による損害賠償（国家賠償）として右任意弁済された二八万円を含めた慰謝料等二九八万円及び遅延損害金の支払いを求める訴えを提起した。これが本件の訴訟である。

これに対して原審の第一審判決は、概略次のような構成の理由の下、Xの請求をいずれも棄却した。

1　Bの「不明」との回答に故意は認められないが過失は認められる。

2　裁判官及び裁判所書記官に過失は認められない。

3　Xの求める請求のうち、任意弁済した二八万円の請求その他敗訴判決を受けたことによる損害の請求については前訴確定判決の既判力に実質的に矛盾する請求であり、それでもなお例外的に不法行為による損害賠償請求を許す場合に当たらないから、かかる請求は理由がない。また、その余の損害の主張に関しては、損害が認められない。

Xが控訴したところ、本高裁判決は、Yに対する二八万円の損害賠償及び遅延損害金の請求を認容した（その余の請求については控訴棄却）。

［判　旨］

《前訴の各》判決の送達はXの妻Aがこれらを受領したものであるが、これらの判決送達が有効であって、これらの判決がいずれも確定したと認定すべきことについての判断は、原判決《〇〇頁》と同一である。

《Xの本件請求》は、結論的にいずれも確定した前訴判決の有する既判力と実質的に矛盾するような内容の損害賠償の請求であることが明らかである。

ところで、確定判決が存在する場合に、当該確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾するような不法行為に基づく損害賠償が是認されるのは、判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを故意に妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行い、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行（実質的に執行に準ずる場合を含む。）した場合であるなど、確定判決取得またはその執行の態様が著しく公序良俗または信義則に反し、違法性の程度が裁判の既判力による法的安定性の要請を考慮してもなおかつ容認し得ないような特段

の事情がある場合に限られると解するのが相当である。そして、右のような事情から一方当事者の行為が相手方に対する不法行為を構成すると判断される場合には、相手方としては、右確定判決に対して再審の訴を提起するなどして当該判決の既判力を覆すような手立てをとるまでもなく、損害賠償の請求をすることを妨げないものと解せられる（最高裁昭和四四年七月八日判決、民集二三巻八号一四〇七頁参照）。

これを本件についてみるに、まず、Yの本件訴の提起自体においてXを害する意図があったとは本件証拠上必ずしも認めがたい。

次に、Yが《前訴の各》事件の裁判所からの照会状に「就業場所不明」との回答をし《た点であるが、まず、民訴法一七二条の付郵便送達については、その効果に鑑み、送達を受ける者の利益を十分配慮した運用がなされるべきであり、裁判所から受送達者の就業場所の照会を受けた一方当事者には》合理的な相当の調査を遂げたうえ誠実に回答を行うことが要請され《・・、》受送達者の就業場所が判明しているのに故意に就業場所不明との回答を提出しその結果付郵便送達がなされた場合はもとより、就業場所が判明していない場合でも一挙手一投足の労で就業場所の調査確認が可能であるのにそれを怠り安易に裁判所に就業場所不明との回答を提出しその結果付郵便送達がなされたという場合には、その送達は民事訴訟法一七二条の要件を欠く違法な送達であって無効とされる場合があるし、一方当事者の行為態様が他の諸事情とあわせて著しく信義にもとると評価される場合には、受送達者に対し不法行為責任を負うこともあり得るといわなければならない。《本件の場合、Xが遠方に長期出張していたとしても、そもそも法律的意味でのXの就業場所はYにおいても明らかであったXの勤務先の甲田交通株式会社であると解されるし、また、裁判所からの照会に対し「就業場所不明」との回答を提出したYの社員Bが「就業場所」とは「現実に働いている場所」の意であると誤解していたことを仮に首肯するとしても、BはXの勤務先の甲田交通に照会する等して容易にXの出張先ないし連絡先を知り得る状況にあった。また、Xが出廷した場合、妻Aが勝手にXの名で契約した旨の抗弁が提出されることも十分に予想される状況にあった。》

以上によれば、被控訴人Yには《前訴の各》事件に関し、Yの請求原因をXの側で否認することも十分予見できた状況下で、裁判所からの照会に対し、必要にして十分な調査を経ないまま極めて安易に「就業場所不明」との回答をしたことにおいて重大な過失があり、結果的にX欠席のまま《前訴各》事件の勝訴確定判決を得たことについては訴訟上の信義則に反すると評価され得るのであり、かつ、判決内容もXが出頭の機会を与えられれば異なったものになった可能性が高く、しかも、Xとしては、必要な救済手段を行使していないとも評価できないにもかかわらず結果的に何ら救済が得られない状態になっていることなどを総合すると、本件においては、確定判決の既判力制度に

よる法的安定の要請を考慮しても、法秩序全体の見地からXを救済しなければ正義に反するような特別の事情があると認めるのが相当である。

Xが支払った右二八万円は、Xにおいて本件確定判決に基づき給料債権が差し押さえられることを恐れて支払ったもので、《・・》Xにおいて任意に履行したものとは到底認めがたいから、右支払済みの二八万円はYの前記不法行為と因果関係のある損害というべきである。

《XのYに対するその余の請求は、損害がないか又はYの不法行為と因果関係がないから認められない。Xの国に対する請求は、担当裁判官、裁判所書記官に過失がないから認められない。》

［評　釈］

判旨に賛成する。

一　本件では、Xが、Yに対して前訴判決の執行を避けるために支払った二八万円の返還以外にも、Yに対して再審申立に要した弁護士費用六〇万円、給料差押の通告をされたことなどによる精神的苦痛の慰謝料として一〇〇万円及び前訴第一審の裁判を受けられなかったことによる慰謝料として一〇〇万円を求め、[1]さらには裁判官等の過失を理由に国に対する二九八万円の損害賠償を求めている。それぞれ問題点を含むものであるが、民訴法の問題として以下においては、右のうちXがYに支払った二八万円についての損害賠償請求が認められるかどうかという点に絞って検討することとする。[2]

本裁判例における問題点は次の通りである。

1　前訴の判決は確定しているか。

2　実質的に前訴の既判力に触れる請求が許される場合の要件

と、本件がそれにあたるかどうか。

そこで以下これを検討する。

二　前訴の判決が確定しているかどうかについて。

まず、前訴の訴状が有効に送達されているかどうかが問題となる。これについて本裁判例は、一般論として、付郵便送達の要件を①住所、居所等における通常の交付送達はもとより補充送達も差置送達もできなかった場合であって、かつ②就業場所における送達も不奏功の場合（就業場所が不明である場合を含む）、と解した上で、[3]「付郵便送達が発送時に送達の効力を擬制するものであるとの前記効果に鑑みると、その要件に該当するかどうかの判断も慎重になされる必要があ《る》」とする。そして、「裁判所書記官から相手方当事者に受送達者の就業場所を明らかにするよう照会がなされた場合には、当該当事者としては合理的な相当の調査を遂げたうえ誠実に回答を行うことが要請されることは当然であり、ことに同要件の該当事由の一つとして就業場所が不明であると回答するためには、その回答が一般的には付郵便送達がなされるための最も基礎的な認定資料とされることは当事者自身においても容易に予見できるのであるから、ことに慎重な調査を遂げたうえ、その旨の回答を提出

するべきである。

そこで、裁判所から一方当事者に受送達者の就業場所の照会があった場合には、当該当事者において、受送達者の就業場所が判明しているのに故意に就業場所不明との回答を提出しその結果付郵便送達がなされた場合はもとより、就業場所が判明していない場合でも一挙手一投足の労で就業場所の調査確認が可能であるのにそれを怠り安易に裁判所に就業場所不明との回答を提出しその結果付郵便送達がなされたという場合には、その送達は民事訴訟法一七二条の要件を欠く違法な送達であって無効とされる場合がある」[4]として付郵便送達実施に先立って裁判所書記官から照会を受けた相手方当事者（原告）の誠実な対応がない場合には付郵便送達が要件を欠く違法なもので無効とされる場合があるとしている。形式的に考える限り、付郵便送達によることが裁判所書記官の権限ないし裁量に属することがらである以上、住所地に宛てた送達ができず、しかも裁判所書記官において当事者（被告）の就業場所が知れないのであれば、付郵便送達の要件は満たされていると考えられなくもない。しかしながら、多数の事務を処理している裁判所書記官の調査能力には自ずと時間的な限界があり、現実には相手方当事者[5]（原告）の説明やその提出する資料から判断するしかないこと、及び、相手方当事者（原告）は自分の利益を目指して訴訟を提起していることを考えると、相手方当事者（原告）に裁判所書記官からの照会に対する誠実な対応を要求し、それがなされない場合には裁判所書記官の行う付郵便送達が違法なものとなり無効とされる余地を認める本裁判例の考え方は正当であると思う。

そして、本裁判例は、「本件の場合、Xは昭和六一年一月七日ころから四月二〇日ころまで雇用先である甲田交通株式会社から派遣され東京都府中市所在の乙田建材に寝泊まりして稼働していたものであるが、郵便物などを含め本人への連絡は、従前からXが勤務していた釧路市《番地略》所在の甲田交通釧路営業所宛に出されれば本人に転送される手筈となっていたものであることからすると、本件の場合、Xの就業先は右のような出張の期間、出張の形態、連絡先の手筈などからみて終始甲田交通釧路営業所にあったと解するのが相当であり、また、仮にこれを東京都府中市所在の乙田建材にあると解する余地があるとしても就業場所としてはそのいずれかに存在していたことは明らかである。しかも、Yとしては、Xが甲田交通釧路営業所に勤務する者であること、そして、仕事の性質上その営業所以外の場所でも一定期間稼働する場合のあることは、Yの社員Bらにおいて従前Xが甲田交通から丙田に派遣されて仕事場所としていたことを知っていた前記認定の経緯からしても容易に認識し得たと認められるのである。したがって、Y担当者としては、本件の場合、就業場所がいずこであるかの法律的解釈の点は別としても（仮に、Bが本件の場合「就業場所」とは本州の出張先の場所であると考えたことが、法律的な解釈として誤りでなかったと判断される余地があるとしても）、裁判所からの

照会に対し、Xの就業場所を不明であると回答するについては、甲田交通釧路営業所を通じてXの出張先や期間、郵便物をどこに提出すればXに届くか、Xの連絡先などについてさらに詳細に調査確認をすべき注意義務を負っていたというべきであり、この調査確認が特に困難であった等の特別の事由も本件証拠上認めがたい。結局Y担当者としてはこの点の調査確認を怠ったことにおいて重大な過失があったといわざるを得ない。」という事情を認定し、本件の付郵便送達は無効であったと判示しているが、このあてはめも妥当であると思われる。

次に、有効でない付郵便送達であったにもかかわらず、それを前提に訴訟が進められて判決が下された場合、その判決の効力が問題となる。この場合、訴状の送達が無効であれば有効な訴訟係属もないから、(6)下された判決自体が無効であるという考えも成り立ちうる。しかしながら、判決が無効であるということは、その帰結として再審の訴えを経ずに執行段階で判決の無効を主張することを認めることになろうが、それでは法的安定性を著しく害するし、厳格な再審制度との対比において考えても、少なくとも外見的に成立している判決があまりに容易に覆りすぎて不合理であり首肯できない。難しい議論を含むところであろうが、私としては、すべての判決には訴訟係属の有効性を含めて当該判決に至るまでの手続が有効であった旨の判断が当然に含まれていると解し、仮に純事後的な評価においては有効な訴訟係属がなかったとみるべき事案においても、上訴や再審で取り消されない限り、下された判決は有効であると考えたい。(7)本裁判例も、前訴判決が確定しているとの判断を示すとともに、前訴の訴状送達は無効であったと述べているから、同様の立場に立つものである。

さらに本件では、Xの名義を冒用して借入れ等を行ったXの妻Aが判決を受領していることから、前訴の判決送達（補充送達）の有効性が問題となる。現実の問題として、消費者金融やクレジットカードの普及に伴って、妻が夫の名で勝手に消費者金融業者から借入れたりクレジットカードを作って利用したりして支払えなくなるケースが増えているようであるが、そのようなケースにおいては、信販会社から夫に宛てた通知等を受け取った妻が事の発覚を恐れ一時凌ぎの保身を考えてそれらの通知等を握り潰して夫に伝えず、後により大きな紛争に発展する場合もしばしば耳にするところである。元来同居人等が受送達者に代わって送達を受ける補充送達の場合、基本的には、それらの同居人等が受送達者本人に送達された書類を交付することが期待できることが制度の前提となっているから、受送達者とそれらの者の間に実質上の利害関係の対立がある場合には補充送達を無効とする考えも成り立ち得るところである。(8)

これに対して本裁判例は、「《前訴判決正本は、》いずれも特別送達による送達が試みられ、Xの住所地において、当時Xと同居していた妻のAがこれを受領し《た》。右送達の有効性についてX本人は、Aが、本件各事件の請求原因とされている貸

金契約及び立替金契約をX名義を冒用して締結し、その事実の発覚を恐れて右各事件の判決正本を隠匿したため、Xはその存在を知りえず、それを知ったのは控訴期間経過後の昭和六二年一〇月五日であったと供述する。しかし、右供述どおりの事実経過であっ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って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Xに送達されたものと認めるべきである。」との原審の判断を肯定し、Aへの交付による補充送達の有効性を認めている。この点については、結局のところ受送達者の利益とその相手方当事者の利益をどう調整するかという問題であろうが、同居者等が当該訴訟の相手方である等客観的に法律上の利益相反関係が認められる等の場合を除いて、補充送達自体は有効とした上で、受送達者の救済は上訴の追完や再審等で別途はかるのが妥当であると考える。[9]本裁判例は、同様の立場に立つものとして支持することができる。[10]

以上により、前訴の判決は確定しているものと解される。

三　実質的に前訴の確定判決の既判力に触れる請求が許される場合の要件と本件がそれにあたるかどうかについて

民事訴訟制度は、確定判決のもつ既判力によって、その標準時の時点における判決効を受ける者の実体権を確定し、もって私人間の紛争を解決していくことを目指すものであるから、既判力に対する挑戦を否定することは制度の根幹をなすことがらである。しかし他方、確定判決といえども人間の訴訟行為の所産である以上必ずしも適切でない内容をもつこともあり、前記のような既判力の維持の重要性を考慮してもなお、確定判決にそのまま既判力[11]を発揮させることが著しく不当とみられる場合も絶無ではない。このようなケースは、敗訴当事者に手続的保障が欠けていて、同人が通常の訴訟追行[12]をすれば勝訴していたと推測される場合に多くみられる。

その場合の対処として、民訴法は再審制度によって確定判決それ自体を取り消す途を開いているが、再審事由は極めて限定的であり、(判決自体を取り消すという意味で同様の効果のある上訴の追完の制度を加えて考えるとしても、この両制度だけでは)一般に右のように著しく不当とみられる場合すべての救済には不十分である。[13]そのため、他の方法による救済が考えられることになる。その一つとして古くから指摘されているのが不当な確定判決の取得ないしその執行(または執行に準ずる任意履行の受領)を不法行為と認め、敗訴当事者からの給付内容の取戻請求を認める考え方で、判例においては最判三小昭和四四年七月八日民集二三巻八号一四〇七頁が明示的にこれを認めるに至り、少なくとも実務的には正式に認知されるに至った。[14]周知のようにこの最判は、「判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、あるいは

虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行した場合」においては、前訴の確定判決の存在にもかかわらず敗訴者から勝訴者への不法行為に基づく損害賠償請求が可能であるとし、[15] 具体的事案としては、前訴の途中で被告が原告に一定の金額を支払い原告は訴えを取下げる旨の裁判外の和解が成立し、被告が約旨に従って弁済したにもかかわらず原告が訴えを取り下げずに勝訴の確定判決を得、かつそれを執行しようとしたため前訴被告がやむなく再度の任意弁済をしたケースについて、原則として前訴被告からの不法行為による損害賠償請求を認めるべきものとして原判決を破棄差戻したものである。[16] この最判の考え方の当否については見解が分かれるところであろうが、私としては、少なくともその一般論は、既判力制度と具体的正義の調和を目指すものとして支持したいと思う。

本裁判例の東京高判平成五年三月三日は、右昭和四四年最判の一般論とよく似ている（本裁判例の原審の東京地判平成三年五月二二日も、本裁判例とほぼ同様である）が、細部においては本裁判例の一般論は右最判の一般論と若干異なっている。すなわち、本裁判例では、次のように傍点部分が加わっているのである。

「判決の成立過程において、訴訟当事者が、相手方の権利を害する意図のもとに、作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを故意に妨げ、あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、かつこれを執行（実質的に執行に準ずる場合を含む）した場合であるなど、確定判決取得またはその執行の態様が著しく公序良俗または信義則に反し、違法性の程度が裁判の既判力による法的安定性の要請を考慮してもなおかつ容認し得ないような事情がある場合」

このような本裁判例の一般論は、一見すると昭和四四年最判の一般論をそのまま踏襲しているようであるが、前半に右最判の見解をそのまま引用しつつも「であるなど」という言葉でつないでそれを例示として位置付け、「著しく公序良俗または信義則に反し」という部分に主眼をもって行ってしまっている点で、[17] 単に前記最判を敷衍しただけのものと言い難い面がある。公序良俗や信義則などの一般原則に照らして云々という理由付けは近時の裁判例がしばしば援用する論理であるが、それは結局のところ（客観性に欠ける場合があることを否定できないところの）担当裁判官の感覚に判決を委ねることになることにつながるから、この論理を多用することは適切でない。本裁判例と原判決を比べてみても、ほぼ同様の一般論を立て、ほぼ同様の事実経過の認定を行いながら、一般論をあてはめて出てきた結論は異なっているのであり、裁判官が誰であるかによって評価が変わるのであれば国民の予測可能性が奪われる危険性を否定できない。

しかしながら、この種の事案においては、既判力に触れる後訴に至る事情は千差万別であり、必ずしも簡潔な一般論を容易に打ち出すことを期待できない面がある。また、時が経って裁判例が積み重なって行くことにより、抽象的な一般原則が徐々に類型化された具体的な内容を伴っていくことを期待することもできないではない。その意味で、本裁判例が前記のような一般論を打ち立てたことは、事案について細かい分析を行ったことと合わせて、既判力を否定すべき場合の類型化への一歩として評価することができると思う。そして、この一般論は支持できると考える。非常に難しい問題であるが、民事訴訟においては実体法と訴訟法を合わせて両当事者の利益の調整がなされるものと考えられるから、信義に反した等非難されるべき当事者の利益確保が最終的に肯定されるのは妥当でなく、後訴において確定判決の生成過程を信義則から再度チェックするのは合理的だと思うからである。

また、本裁判例が具体的事案へのあてはめとしてYの信義則違反を認めたのは正当であると考える。本裁判例が縷々指摘するように、付郵便送達は被告の欠席による原告の勝訴につながり易い、原告に有利な強力な制度であり、その利用については原告に万全を尽くさせるべきだからである。

よって判旨に賛成する次第である。

(1) 内訳を合計すると二八八万円になるが、判例時報（一審については一四〇〇号八四頁、二審については一四五六号一〇一頁）による限り一、二審ともに二九八万円の請求として整理されている。

(2) 本裁判例は、他の慰謝料等の請求を含めて「これらは、結論的にいずれも確定した前訴判決の有する既判力と実質的に矛盾するような内容の損害賠償請求であることが明らかである。」としているが、若干の疑問を感じる。〝実質的に〟という言葉の意味にもよるのであろうが、前訴の既判力は、必ずしも前訴の訴訟の過程や判決執行の過程における当事者らの個々の行為の免責をもたらすものではないから、前訴で認容された債務の弁済に充てられた二八万円を除く他の請求は、必ずしも前訴の既判力と矛盾するものではなく、一般的な不法行為の成否の問題であると考えられる。この点本件の原審は、本裁判例よりも分析的に検討し、強制執行の通告を受けたことによる損害の請求等、敗訴判決を受けたことによる損害の請求は前訴判決の既判力に触れるものとし、前訴第一審を受けられなかったことによる請求は既判力に触れないとする。しかし、確定判決に基づく強制執行であっても、例えば、ことさらに弁済の受領を拒んで嫌がらせ的に給料を差し押さえたりすれば、それが新たな不法行為を構成する場合もありうるはずである。なお、裁判を受けられなかったこと自体について慰謝料を認めた裁判例は私の調べた限り見当たらなかった。

また、裁判官の職務上の行為についても国家賠償の対象となりうることは肯定されているが（最判二小昭和四三年三月一五日判決判例時報五二四号四八頁）、民事判決が確定した後に当該裁判官の職務行為を違法として国家賠償を求めるには、当該裁判官が違法または不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特

別の事情があることを必要とするとされており（最判二小昭和五七年三月一二日民集三六巻三号三二九頁、いわゆる適用制限説）、具体的な請求認容事例は見当たらない。さらに、本件のように裁判所書記官の行為を根拠とする国家賠償請求も、現実にはかなり多く提起されているようであるが、やはり認容された事例は具体的に指摘できない。

(3) この解釈は昭和五七年改正法で就業場所における送達に関する数項目が明文化された今日、争いのないところであろう。

(4) 付郵便送達は法文上裁判所書記官の職権でなされる旨規定されているが、実務上は、本件原判決書にも一部引用されているように取扱についての裁判所の内部基準があり、付郵便送達を行う前に、相手方当事者（原告）に、直近の住民票や会社登記簿謄本、場合によっては担当者の陳述書等の資料を添えた上での、付郵便送達を求める上申書を提出させるのが常である。また、通常の送達と異なり、付郵便送達を行うにあたっては、裁判所書記官は事実上担当裁判官の同意を得て行っているようである。

(5) 現行法の下においても、家事事件における家庭裁判所調査官のように、裁判所書記官が積極的な実地調査等をするような制度をとることは理論的には可能であろうが、要員面・予算面からみて実現の可能性はなく、空論の域を出ない。

(6) 中山幸二・「同居者への訴状・判決の送達と再審の可否」NBL五〇五号二八頁以下（平成四年）は、このような考え方を、ドイツの地方裁判所の判例を引用して紹介する。

(7) 訴状の有効な送達のないままにされた判決が確定した場合に民訴法四二〇条一項三号による再審の余地を認める最判一小平成四年九月一〇日民集四六巻六号五五三頁も、判決自体が有効であることは当然の前提にしているものと解される。

(8) 大阪高判平成四年二月二七日判例タイムズ七九三号二六八頁は、同種の案件について妻が受領した補充送達の効力を否定した。

(9) 前掲最判一小平成四年九月一〇日も、同種案件において妻への補充送達の有効性を認め、前掲大阪高判平成四年二月二七日の立場をとらないことを示している。

この点についての検討は、拙稿・法学研究六六巻九号一〇五頁参照。なお、受領者が幼児である等により補充送達が無効であると解すべき場合との比較における、受送達者の救済方法の違いにつき、同所一〇七頁も参照されたい。

(10) なお、本裁判例は、判決理由中で前訴判決に対するXからの再審請求の可否に触れ、「また、本件に関しては、Xに再審の訴えも許されてしかるべきであると判断される余地もあり、Xにおいて本件各第一審判決に対する救済手段を尽くしていないと評価することも相当ではない。たしかに、Xとしては、仮にXが判決正本の存在を知ったのがXの主張するように昭和六二年一〇月五日ころであったとしても、その日から一週間以内に控訴の追完（民訴法一五九条一項）をすることも可能であったと認められる。しかし、控訴の追完がなし得たことをもって再審の申立てが直ちに許されないと解するのは相当ではない。すなわち、本件訴状及び第一回口頭弁論期日の呼出状の送達は、裁判所からの照会に対するYの就業場所不明との回答に調査不十分の重大な過失があると認められるから、民事訴訟法一七二条の付郵便送達の要件に該当しない無効の送達であったとみるべきところ、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、民訴法四二〇条一項三号事由があるものと解するのが相当である。そして、同法四二〇条一項ただし書は、再審事由を知って上訴しなかっ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、上訴期間内に再審事由を現実に了知することができなかった場合は同項ただし書に当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かった後の非常の不服申立方法であることから、上訴が可能であったにもかかわらずそれをしなかっ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。(最高裁判所平成四年九月一〇日判決、判例時報一四三七号五六頁参照)。

そして、この場合上訴の追完ができたことをもって同項ただし書に該当すると解するのは相当ではないとも解せられる。なぜなら、上訴の追完の制度は、判決後の当事者の責に帰すべからざる事由により上訴提起期間内に上訴することができなかった当事者に対し、その事由の止んだ後一週間内に限り懈怠した訴訟行為の追完を為すことを認める当事者救済のための制度であり、これを主張するかどうかは基本的に当事者の意思によると解せられるのであって、再審事由が存在すると認められる場合に、上訴の追完をなし得たことを理由に再審の訴えを許さないとすることは明らかに相当でないと考えられるからである。そうすると、本件において、Xの側で控訴の追完の救済手段を用いず、再審の申立てをしたことが法律の不知であるとして、その責めをXに負わせることが相当であるとも直ちに断じがたいのである。」

と述べ、Xが控訴の追完をしなかったからといって再審の訴えができないことはない、と述べている。しかしながら、私が考えるところ、本裁判例のこの部分は不必要な記述であり、蛇足であると思う。なぜならば、本件のような実質的に確定判決の既判力に反する損害賠償請求が認められるかどうかについて、本裁判例は、一定の要件を述べた上で「《・・の》場合には、相手方としては、右確定判決に対して再審の訴を提起するなどして当該判決の既判力を覆すような手立てをとるまでもなく、損害賠償の請求をすることを妨げないものと解される。」としているのである。そして、本件においては、別になされた再審の訴えが現実に却下されて確定しているのであるから、本裁判例が「再審の訴えを提起する必要はないが提起すれば認められた状況にあること」を、Xの損害賠償請求認容のための要件としていると考える余地もない。従って、本裁判例においては、Xが再審の訴えを提起できたかどうかを判断する必要はないし、却って、既に確定した別の再審訴訟に嘴を挟むだけの記述となっていると思う。

確かに、本裁判例の引用する平成四年九月一〇日の最高裁判所判例は、幼児が訴状を、妻が判決書をそれぞれ受領したケースにおいて、訴状送達の無効を理由に再審の訴えを認めたものであり、妻の判決書受領・隠匿の観点から上訴の追完も可能と考えられる事案であった。その意味で同判例が民訴法四二〇条一項柱書の「上訴」に「上訴の追完」は含まれないとの判断をなしたと解することも可能であり、この解釈に照らせば既に確定した別の再審訴訟の判決の判断は不当であったことになろう(なお、この別の再審訴訟は、いわゆる簡裁事件であり、札幌高裁が上告審を担当した)。しかしだからといって、既に確定した再審訴訟の判決が覆されるわけでもないのであるから、やはりこの点の本裁判例の記述は不要であったのではなかろうか。

(11) これは、人のために法があり、かつ法が人の行動すべてを予め網羅できない以上、不可避的に生じる問題である。民事訴訟制度における既判力抵触の問題は、どの法分野でもしばしばみられるところの、正義（具体的妥当性）と正義（一般的確実性）の衝突の問題の一つであると言えよう。

(12) 手続的保障が十分であっても、前訴の既判力に抵触する後訴の請求を認めるべき場合はありうると思う。たとえば、共同事業を計画する甲と乙が、将来確実に遭遇するであろう法律上の論点につき予め裁判所の見解を示してもらおうと考え、争点がその論点に絞られるように作り話の事実関係を整え、給付判決が出ても執行しないとの約定の下、形式的に甲から乙に対する金銭請求訴訟を提起し、争いのない事実関係の下で裁判所の法的判断を受けたところ主文の判断として甲の給付請求を認容する判決がなされたような場合である（以下このような訴訟を仮に〝お遊びの訴訟〟と呼ぶ）。この場合乙に手続的保障の欠缺は認められないが、下された判決に本来の既判力・執行力を認めるのはいかにも不当であろう。この場合、なお既判力・執行力を認めるべしとする考えもあるかも知れないが、私は、少なくとも結論的としては認めるべきでないと考える。

(13) 本件で問題となっている不法行為に基づく損害賠償を認める方法のほか、判決の相対的な無効を認める方法（最判三小昭和四三年二月二七日判例時報五〇九号一七頁）、既判力の基準時後の事由かどうかを弾力的に解して請求異議の訴えによる救済をはかる方法（最判一小昭和三七年五月二四日民集一六巻五号一一五七頁、但し、最判三小昭和四〇年一二月一一日判例時報四三五号三頁はこの方法を否定）がある。

(14) 但し、学説においては兼子一・民事訴訟法体系（昭和四〇年）をはじめ、昭和四四年最判が出る以前の文献では、既判力制度堅持の観点から、まず上訴の追完なり再審なりによってその判決を取り消すべきでいきなり損害賠償の請求を認めるべきでないとする考えが多数であったし、右最判後の文献においても三ケ月章・民事訴訟法（昭和五四年）五五〇頁など既判力制度への配慮から批判的なものが少なくない。しかし、新堂幸司・民事訴訟法（昭和四九年）四〇一頁は右最判を支持し、さらに判決の当然無効の主張を認めるべしとする。また、菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法Ⅰ［追補版］（昭和五九年）二一一九頁は、右最判の一般論を支持する。

(15) なお、この最判は、前訴判決を無効とするのかどうか、また、前訴の判決自体は有効としてもその既判力を否定するのかどうか、いずれも明示していない。やや穿った見方をすれば、前訴判決の既判力を明確に否定することは躊躇され、それゆえ既判力の生じた給付義務そのものの不存在確認のように正面から前訴の既判力に挑戦する請求を許すわけにはいかないが、前訴判決執行後における不法行為に基づく損害賠償請求という〝実質的に〟既判力に抵触する請求であればこれを許しても問題は少ない、というあたりが最高裁の本音であるかもしれない。しかし、私としては、このようなケースでは、前訴の判決自体は有効のままとしつつ、その既判力が否定されるものであることを明確に認めてよいと考える。以下若干試論を述べる。

一般に確定判決それ自体は単なる観念的な存在である。給付判決に限らず、形成判決や確認判決においても、確定判決をとっただけでは社会現象として何らの変化がない。判決から生じるところの既判力、執行力または形成力を通じて、具体的に実体権が実現されもしくは変動し、または後日の別異の主張が封じられて初めて、社会

現象としての確定判決の効力が認められるわけである。明らかに、確定判決の存在それ自体の有効性を認めるかどうかの問題と、存在する確定判決の効力を認めるかどうかの問題は、別の問題である。従って、より高次の正義に反することになる等の諸般の事情からこのような社会現象としての確定判決の効力を否定することがどうしても必要と判断される場合、そのアプローチの仕方は自ずと二つあると考えられる。一つは確定判決それ自体を除去する方法（上訴の追完や再審）であり、もう一つは、確定判決の存在それ自体の有効性は認めつつ、その効力を否定する方法である。この後者のアプローチは、判例・学説上必ずしもあまり明確に意識して論じられていないように見受けられるが、例えば前述の〝お遊びの訴訟〟の場合は典型的にこのアプローチが妥当する場合ではなかろうか。なぜならば、この場合の前訴の確定判決は両当事者が勝手に行った訴訟の結果であるから、（もちろん要件も満たさないであろうが）国費をかけてまで上訴の追完や再審を認めてこれを取り消してやる必要は全くないが、さりとて前訴の判決の既判力・執行力を認めて勝訴者に満足を与える必要も理由もないと考えられ、確定判決は有効だが既判力・執行力はない（従って、例えば後訴として前訴判決の主文と直接矛盾する債務不存在確認訴訟が提起されればこれを認容すべきこととなる）、という評価をするのが最も適切であると考えられるからである。私としては、後訴で不法行為に基づく損害賠償請求を認める昭和四四年最判は、結局のところこの後者のアプローチを採用して前訴の既判力を否定しているものと理解する。なお、新堂・前掲など判決の当然無効の主張を認める考え方も、同方向の考え方と言えるのではなかろうか。

(16) この最判に対しては、伊東乾・別冊ジュリスト三六号（昭和四七年）一八四頁など、一般論を別にしても、その具体的事案へのあてはめについて疑問を呈するものが多い。

(17) なお、前記最判の一般論は、「①判決の成立過程において訴訟当事者が、②相手方の権利を害する意図のもとに、③作為または不作為によって相手方が訴訟手続に関与することを妨げ、④あるいは虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔する等の不正な行為を行ない、⑤その結果本来ありうべからざる内容の確定判決を取得し、⑥かつこれを執行した場合」とされており、必ずしも明確ではないが、①プラス②プラス（③または④）プラス⑤プラス⑥が全て要件とされていると解される。ところが本裁判例は、明確に本件での②を否定しているから、前記最判の一般論によれば損害賠償請求は認められないケースであると解される。

なお、右最判の一般論を公序良俗ないし信義則違反の例示の如く位置付ける本裁判例が、なぜ明確に②を否定する判断を示したのか、その必要はあったのかという点は、疑問の残るところである。

髙崎　英雄