

Title	〔下級審民事事例研究37〕 第一審の訴訟手続が公示送達によってされた場合において、公示送達を了知しなかったことから控訴期間を遵守できなかったことにつき、控訴人に帰責事由がないとして、控訴の追完が認められた事例 (東京地裁平成六年一二月一二日判決)
Sub Title	
Author	藤井, まなみ(Fujii, Manami) 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	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.11 (1996. 11) ,p.182- 189
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=AN00224504-19961128-0182">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19961128-0182</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.

〔下級審民訴事例研究 37〕

37

第一審の訴訟手続が公示送達によってされた場合において、公示送達を了知しなかったことから控訴期間を遵守できなかったことにつき、控訴人に帰責事由がないとして、控訴の追完が認められた事例

東京地裁平成六年二月二日判決(東京地裁平五(レ)二〇二号)土地所有権移転登記請求控訴事件、判例時報一五三五号一〇九頁

〔事実〕

Xは、Yに対し、昭和六三年六月二五日、再売買予約完結権の行使に基づく所有権移転登記手続及び引渡を求め訴えを武蔵野簡裁に提起した。訴状副本等はYの三鷹市の住所宛に特別送達がなされたが、送達不能で返戻された。そこでXは、同年一月三〇日、Yの戸籍謄本、戸籍付票、住民票(除票及び上申書等を提示して公示送達を申し立てた。これらの書類によれば、Yは昭和五九年七月二六日府中市に、昭和六一年四月三〇日三鷹市に、それぞれ住所を定めたが、昭和六三年五月二日三鷹市の住民票は実態調査により職権消除されており、府中市の住所地に郵便受箱を備えた小屋を建てて居住していた事実はあるも現在は所在不明であるとされていた。原審裁判所は昭和

六三年二月一日に公示送達を許可した。Xは平成元年一月一七日予約完結権行使を公示し、代金を弁済供託した。これにより、同年四月一九日判決がなされ、同二一日に公示送達の方法で送達がなされた。二週間の控訴期間満了をもって原判決は確定した。

ところが、Yはこの間、遅くとも昭和六一年一月乃至二月頃から現在に至るまで、府中市の住所地に自ら築造したコンテナ状の建物に居住し続けており、郵便も届いている状態であった。その間三鷹市に居住したことはなく、住民票の記載は全くYの関知しないところである。平成五年に入ってようやくYは本件土地の登記名義が変わっていることを知り、同年九月一〇日Xに対して所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起、Xから

の答弁書により初めて原判決の存在を知った。そこで同一四日、Yは原判決に対して控訴を提起し、その責に帰すべからざる事由により本件訴訟の提起、審理及び判決の言渡しを知らなかったことを理由に控訴の追完を主張した。その上で、Xの主張した再売買予約完結権について、消滅時効を援用した。即ち、本件土地は、その一部分だけが東京都に買収されたときには買収されなかった部分の土地を再売買する約束で、XからYに売り渡されたものであり、東京都が一部分を買収した昭和四三年一月八日からXは再売買予約完結権を行使し得たにも拘わらず、その後一〇年が経過した昭和五三年一月八日までに行使しなかったからである。

## 〔判旨〕

「……原審裁判所において公示送達の方法がとられたのは、昭和六一年四月三〇日の府中市の住所から三鷹市の住所への転出届がされ、その後三鷹市での住民登録が職権抹消されたため、控訴人の住所が住民票等の書類上不明となり、被告である控訴人について民訴法一七八条一項所定の要件を具備しているものと判断したからであると考えられる。しかしながら、右の三鷹市への転出届は控訴人が全く関知しない間にされたものであることは前示のとおりであるばかりでなく、控訴人は、原審裁判所で本件訴訟の手続が行われていた当時、控訴人が昭和五九年七月二六日に住民登録をした府中市の住所にある建物に居住し、右住所には控訴人宛の郵便物が届いていたのであり、また、控

訴人は本訴請求の対象とされている土地上に居住していたのに、被控訴人からの接触等が行われた事実は窺われないのであるから、控訴人が、本件訴訟が提起され原判決の言渡しがされたことを知らなかったとしても、やむを得なかったところというべきである。したがって、控訴人がその責めに帰すべからざる事由によって控訴期間を遵守できなかったというべきであり、控訴人は原判決の判決正本が公示送達の方法により送達されたことを知った後一週間以内に本件控訴を提起したことは前示のとおりであるから、右控訴の提起は適法である。(なお、原審における公示送達は、被控訴人の提出した前示資料をもとに裁判官の許可に基づいてされたものであって、もとより有効なものである。)」として控訴の追完を認め、本案についてはYの消滅時効の援用を認めて、原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。

## 〔評釈〕

判旨に賛成。

本件は、公示送達があったことを知らなかったために控訴期間を遵守できなかった被告からの控訴の追完を認めた事例である。このような場合には、判例は一貫して四二〇条一項三号の再審事由を認めず、控訴の追完の方を認めてきた。本件でも再審については触れずに追完を認めており、これまでの判例の流れに従ったものであるといえる。

一本件のように、訴状の送達が公示送達によってなされたた

め、結局当事者が不出頭のまま敗訴判決が確定してしまつた場合には、実際には受送達者は送達の事実を知らないものであるから、この者は不当に手続に關与する機会を奪われたことになり、手続保障を欠くことになる。従つて、この者に対して何らかの救済を与える必要があるであらう。

その救済の方法については、一般的に、(ア)上訴の追完(一五九条)によるとする説、(イ)再審を認める説、及び(ウ)当然無効の主張を認める説がある。(イ)については更に、代理権欠缺の場合の四二〇条一項三号の再審事由を類推する説、及び確定判決の騙取と認められる場合には四二〇条一項五号の再審事由に該当するとする説がある。

本件では、Yの所在についてのXの悪意は認定されていないので、四二〇条一項五号の再審事由によることは難しいであらう。また、当然無効の主張についても、同説は申立人の悪意を前提とするので、本件ではこれによることはできないであらう。従つて、ここでは上訴の追完(一五九条)による説と四二〇条一項三号の再審事由を類推する説について考えることにする。

二 まず、上訴の追完の可能性について検討する。

公示送達があつたことを受送達者が知らなかつたことが、一五九条の「其の責に帰すべからざる事由により」に該当すれば、懈怠した行為、即ちこの場合は控訴の追完が認められることになる。この点に關して、判例は、大審院以来、公示送達のあつたことを知らなかつたことにつき当事者に過失があると認められ

る特別の事情がない限りは、「其の責に帰すべからざる事由により」不変期間を遵守し得なかつた場合に該るとしている。<sup>(3)</sup>

学説も基本的にはこれを支持してきた。<sup>(4)</sup>しかしながら、公示送達という制度は、実際には受送達者が適時に自分に対して送達があつたことを知ることはほとんど期待できないものであるから、本人が知らないうちに期間が徒過してしまふことはいわば予想された事態であると言える。従つて、このような場合に常にその確定判決について再度争う余地を認めてしまふと、公示送達の制度は成り立たなくなつてしまふ。<sup>(5)</sup>そこで、多くの学説は、公示送達のなされた場合でも、受送達者が送達があつたことを知らなかつたことが無理からぬことであつたと認められる場合に限つて追完を認めるべきであるというように、追完を認める範囲を絞つていこうとするのである。

その際考慮されるべき基準としては、(1)訴訟係属についての受送達者の認識の程度(判決に対する期待可能性)、(2)公示送達をした裁判所の所在地と受送達者の住居地間の距離、(3)受送達者が現住所に住民登録をしているか否か、(4)申立人の故意・過失等が挙げられている。

(1) 訴訟係属についての受送達者の認識の程度を基準とする考え方は、まず、訴訟係属があつたと知つていれば、いずれは判決が出るのが当然予想できるはずであるから、判決が公示送達でなされてもそれを知らないことは、「其の責に帰すべからざる事由により」に該らないと考えることができる<sup>(6)</sup>とした上で、

更に、たとえ訴訟係属があつたことを知らないとしても、相手方との間に従来紛争状態があれば、訴訟となる可能性も予想されるのであり、そのような場合にも同様に、判決が公示送達でなされてもそれを知らないことは「其の責に帰すべからざる事由により」に該らないと考えることができるものである。<sup>(7)</sup> ましてや、自ら逃げ隠れしている場合は当然、「其の責に帰すべからざる事由により」に該らないとされる。<sup>(8)</sup>

(2) 公示送達をした裁判所の所在地と受送達者の住居地間の距離を基準とする考え方は、居住地を管轄する裁判所における公示送達を知らなかつた場合は注意義務において欠けるところがあると考えられるが、送達裁判所の管轄区域外に居住している場合には、知らないことについて過失がないとみるべき場合が多いとするものである。<sup>(11)</sup> しかし、この考え方については、交通機関の発達により、遠ければ絶対に知り得ないとはいえないし、逆に、都市における生活部落が共同体的性格を完全に喪失した現状においては、管轄の内外は無関係であろうとする批判がある。<sup>(12)</sup> 実際、(3)の基準を満たしたことにより(住民基本台帳法に基づき届出があつた)、公示送達をした裁判所の管轄区域内に受送達者が居住していても公示送達を知らなかつたことにつき過失はないとした裁判例がある。<sup>(13)</sup>

距離が離れていることが不知の無理からぬことを補強する理由になることを否定するつもりはないが、だからといって逆に近ければ不知に理由がなくなることにもならないと考えるので、

管轄の内外は無関係であろうとする考え方に賛成する。<sup>(14)</sup>

(3) 受送達者が現住所に住民登録をしているか否かを基準とする考え方は、住民基本台帳法による届出があれば、仮に住所の変更があつても、住所の調査は容易であり、またそれ故に、当事者はこの届出をしていれば通常の送達を期待してもよいと考えられることから、届出をしているにも拘らず公示送達がなされた場合には当事者の責めに帰すことはできないと認めてよく、逆に住所を移したのに届出をしていない場合には、通常相手方や裁判所は住所を調査する手掛かりを失って行き先を探すことが困難であるから、公示送達を受けてもやむを得ないとするものである。<sup>(15)</sup>

また、相手方と最後に接触のあつたとき以後住所を変更したことのない場合や、変更したとしても通常期待される程度の調査をすれば転居地を知り得るような措置(住民登録に限る必要はないとする)を講じた場合には、公示送達を知らなかつたことにつき過失はないとする説もある。<sup>(17)</sup>

(4) 申立人の故意・過失を基準とする考え方は、公示送達の申立人が、公示送達の要件がなかつたことにつき悪意であつたか又はこれを知らなかつたことにつき過失がある場合には、受送達者の側に過失はなかつたとするものである。この点につき、受送達者の過失の有無が問題となつていたのであるから、相手方の故意過失は斟酌すべきではないとする説がある。<sup>(19)</sup> このような場合は四二〇条一項五号の再審事由に該当することになると

するのである。

しかしながら、「当事者の責めに帰すべからざる事由」の判断は、結局のところ両当事者の公平をはかる基準であると考え、申立人に故意過失があれば受送達者の過失の判断に影響を及ぼすことを肯定する説が多い<sup>(20)</sup>。

公示送達が擬制的な送達方法であることに鑑みれば、申立人側に故意過失がある場合にまで公示送達制度の維持に固執すべきではないと考えるので、申立人側に故意過失があれば受送達者に追完を認めてよいとする説を支持したい。

他方、民生委員が誤って作成した不在証明書等に基づいて住所不明とされ、公示送達がなされた場合に追完を認めた裁判例<sup>(21)</sup>がある。このような場合には、確かに申立人側にも過失はないかもしれないが、第三者の過失が介在したことにより住所等が不明とされたわけであるから、受送達者は本来通常の送達を期待してもよいはずの場合であると考えられる。従って、(3)の場合に準じて考えてよいと考える。

以上の基準を本件に当てはめると、確かにYの住民票は現住所を示していない。仮にYがこういった外観の作出について責任があるとすれば、公示送達の不知について過失がないとは言えなくなるかもしれない。しかし他方で、Yは本件の係争の対象となっている土地の上に現に居住しており、そこに郵便も届いている状態であったのであるから、Xが悪意でないとしてもこれに気がつかなかったことにつき過失があったと考える。

従って、(4)に該当することになるから、追完を認めてよいであろう。裁判所はこの点については特に触れていないが、仮に(4)の場合に該らないとしても、(1)の場合に該当すると認めてよい。なぜならば、YにとってはXとの取引は遙か昔の話であってその予約完結権も既に時効にかかっていた状態であり、Xから本件の如き訴えが提起されるとは予想できないだろうからである。いずれにしても追完は認められることになるので、一五九条によって控訴の追完を認めた本判決は正当であると考えられる。

控訴の追完を認めても、審級の利益が失われるので受送達者の救済にはならないという批判も考えられるが、控訴審において第一審への差戻(三八九条)を求めることができるであろう<sup>(22)</sup>。

三 次に、再審の可能性について検討する。

四二〇条一項三号による救済を認める説は、同号は直接には代理権の欠缺の場合の規定であるが、当事者の訴訟追行に支障があった場合等、手続保障を欠いた場合にこれを救済するため<sup>(23)</sup>に類推適用できるものと解するものである。この考え方に立てば、公示送達の方法で訴状の送達を含む全ての送達がなされた場合には、受送達者は手続に関与する機会を奪われたことになるので、正に手続保障を欠いている場合であると言えるから、四二〇条一行三号の類推によって、再審による救済を認めるべきことになる<sup>(24)</sup>。

しかしながら、判例はこれを明確に否定する<sup>(25)</sup>。同五号の再審事由となり得ること、あるいは受送達者の救済にはより簡便な

救済方法としての上訴の追完を認めれば足りるというのがその根拠であるようである。

学説は、かつては上訴の追完を認めて四二〇条一項三号による再審を否定するものが多数説であったが、現在ではこの見解を採るものよりも、両方を認めようとするものの方が多くなっているようである。四二〇条一項五号によるのでは、相手方が名宛人の住所等を知っていただけでは当然に詐欺罪になるわけではないので再審事由とはならないし、また、一般に誤って公示送達がなされた場合にも再審事由に該当しないことになるので、弁論の機会を奪われた受送達者を保護することができないこと<sup>28)</sup>、追完には期間期限があるが四二〇条一項三号の再審の訴えの場合にはそれがなく<sup>29)</sup>、既に受送達者に対して手続保障を不当に欠いている以上、救済の完璧を期すべきであった二者択一とすべきではないこと<sup>30)</sup>、上訴期間の経過によって判決が形式的に確定するとしてもそれは実質的には無効なものなのであって、その判決の形式的存在を消滅するためにはどちらの方法を採っても差し支えないとすべきこと<sup>31)</sup>等が理由とされている。

更に、両方を認める場合には、両者の関係が問題となるが、これについては、再審の補充性の故に上訴の追完が認められればどちらによるべきとするもの、追完が可能なら追完を認めるべきだが、判決の無効を求めるのであれば再審の訴えの方を認めるべきとするもの<sup>32)</sup>と、どちらによってもよいとする考え<sup>33)</sup>方<sup>34)</sup>がある。

被告が訴訟行為を追完し得る間は判決は未確定の状態にあるのであって、再審は確定した判決を取消すものであるから、形式的に考えればいずれか一方が認められる場合には他方は認められ得ないはずであるということにもなるかもしれない。しかしながら、追完がなされたとしても、原判決が取消されるまでは確定したも<sup>35)</sup>として扱われる他はないと解されるので、追完を再審に先行させなければならないとする必要はないであろう<sup>36)</sup>。

基本的には上訴の追完の方が簡便なのでそちらによればよいと思うが、そのことをもって再審の訴えの方を否定する必要はないと考える。どちらの方法も、手続保障を欠いた受送達者の救済のための手段であると考えれば、保護は手厚い方がよいと考えるからである。再審の訴えは、常に認められるわけではないのであるから、敢えて当事者がそれによる救済を求めることまで否定する必要はないであろう。

四 本件においては、Yの住所等を知らなかったことにつきXに過失があることから、Yには控訴期間を遵守できなかったことにつき過失がなかったものと認められるので、控訴の追完が認められたことは正当である。仮にXに過失があったことが認定できないとしても、YはXから本件の如き訴えが提起されるとは予想できなかったであろうから、やはり控訴の追完が認められたことは正当である。

再審の可能性については、既に述べたように本件ではXの故意過失が認定されていないので、四二〇条一項五号の再審事由

によることは難しい。同三号については、認める可能性はあるが、本件ではより簡便な追完の方法を認めており、そのことを不当とすべき理由はないと考える。審級の利益を保護するためには、控訴審において第一審への差戻(三八九冬)を求めることができる。

よって、判旨に賛成するものである。

- (1) 梅本吉彦「不意打防止と訴訟法理論——公示送達・追完・再審——」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、一九八八年)三九四頁以下、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商法雑誌九三巻臨増(1)二四三頁以下、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」北大法字論集三八巻五一六号(下)一七〇五頁以下、三九巻五一六号(上)一二四一頁、北海学園大学法学研究二五巻一号一頁以下。
- (2) 新堂幸司『民事訴訟法』(第二版補正版)(弘文堂、一九九〇年)四〇一・四〇二頁。
- (3) 大審判明治三九年一〇月八日民録二二輯二〇八頁、大審判大正三年四月二日民録二〇輯三〇五頁、大審判昭和十六年七月一日民集二〇巻一五号九八八頁、最高判昭和三十六年五月二六日民集一五巻五号一四二五頁。
- (4) 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)三九八・三九九頁。
- (5) 梅本(前掲)四〇一頁。
- (6) 東京高判昭和十六年三月一日日新聞四六九八号一五頁、大阪高判昭和四一年三月三〇日判時四五六号三七頁、最高判昭和四五年七月三十一日判時五四四号五三頁。

- (7) 兼子一『判例民事訴訟法』(弘文堂、一九五〇年)一三九頁。
- (8) 東京高判昭和三五年一〇月三日東高民時報一巻一〇号二四四頁、東京高判昭和五五年二月二十五日判夕四三六号一二六頁、大阪高判昭和五九年一月二十五日判夕五二六号一五八頁、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法―追補版』(日本評論社、一九八四年)九一〇頁。

- (9) 東京高判昭和三二年一月三〇日下級民集七巻一―号三四六三頁、大阪高判昭和四一年三月三〇日下民集一七巻三―四号二〇三頁、最高判昭和三六年五月二六日民集一五巻五号一四二五頁。
- (10) 兼子一『判例民事訴訟法』(前掲)一三九頁。
- (11) 齊藤秀夫・小室直人・西村宏・林屋礼二編『注解民事訴訟法』(第二版)(第一法規、一九九一年)一三六頁。
- (12) 西村宏・波川満「判決の公示送達の不知を理由とする上訴の追完が許された事例」民商法雑誌五七巻二号三三〇頁。
- (13) 大阪高判昭和四一年四月二〇日下級民集一七巻三―四号三三四頁。
- (14) 梅本(前掲)四〇七頁注一〇同旨。
- (15) 最高判昭和四二年二月二四日民集二二巻二―九頁、大阪高判昭和四一年四月二〇日(前掲)。
- (16) 菊井・村松(前掲)九一〇頁。
- (17) 条解(前掲)三九九頁。
- (18) 東京地判大正六年三月九日評論六巻民訴七三頁、最高判昭和四二年二月二四日民集二二巻二―九頁、菊井・村松(前掲)九一一頁。
- (19) 兼子一『判例民事訴訟法』(前掲)一四〇頁。
- (20) 条解(前掲)三九九・四〇〇頁、菊井・村松(前掲)九一一頁、新堂(前掲)二六八頁、梅本(前掲)四〇七・四〇八頁。

- (21) 大阪地判昭和五十一年八月一〇日金判五三二号四三頁。
- (22) 条解(前掲)四五九頁。
- (23) 絶対的上告理由を定める三九五条一項四号も同じ内容の規定であるが、これについて「適法な呼出しがなく、呼出しがあるもその實に帰すべからざる事由で欠席のまま判決を受けた場合(一五四条参照)、訴訟中断中に弁論を終結して判決した場合、氏名冒用訴訟にも類推適用がある」とされており(小室直人「上告理由」新堂幸司他編『講座民事訴訟法(7)』(弘文堂、一九八五年)二八三頁、これとパラレルに考えれば妥当な解釈であろう。
- (24) 三谷忠之『民事再審の法理』(法律文化社、一九八八年)三三七頁。
- (25) 大審判昭和一〇年二月二六日民集一四卷二二九頁、昭和一六年七月一八日民集二〇卷一五号九八八頁、最高判昭和四二年二月二四日民集二二卷一号二〇九頁、昭和五七年五月二七日判時一〇五二号六六頁。
- (26) 三ヶ月章『民事訴訟法』(第二版)(弘文堂、一九九二年)五四六・五四七頁、菊井・村松(前掲)九七四頁。
- (27) 小山昇『民事訴訟法』(現代法律学全集22)(五訂版)(青林書院、一九八九年)六二二頁、新堂(前掲)二六八頁、池田辰夫「公示送達申立による勝訴判決と民事訴訟法四二〇条一項三号」民商法雑誌八八巻一号一三三・一三四頁、冬解(前掲)四五九・四六〇頁、『注解民事訴訟法10』(第二版)(第一法規、一九九六年)三三〇頁(小室直人・三谷忠之)。
- (28) 条解(前掲)四五九・四六〇頁。
- (29) 三谷忠之「再審」『講座民事訴訟法(7)』三三二頁注八。
- (30) 『注解民事訴訟法(4)』(前掲)二六〇頁、梅本(前掲)四〇五頁、池田(前掲)一三三頁。
- (31) 新堂(前掲)二七三頁。
- (32) 条解(前掲)四五九・四六〇頁。
- (33) 三谷「再審」(前掲)三三二頁注八。
- (34) 『注解民事訴訟法(4)』二六〇頁、新堂(前掲)二七三頁、西村・波川(前掲)三三三頁。
- (35) 菊井・村松(前掲)七五五頁。
- (36) 西村・波川(前掲)三三三頁。注解民事訴訟法10(前掲)三三〇頁は、追完事由は専ら判決後の上訴提起の障害を理由とするものであるのに対し、再審事由は判決前の手続等の瑕疵を理由とするものであることから、公示送達が訴状の送達からなされたため現実に訴訟係属を知らなかった場合は、むしろ再審の訴えによるべきとするが、当事者が控訴の追完を主張してきた場合に敢えてこれを退ける必要はないとしている。なお、この点につき、三谷忠之「公示送達と再審」香川法学八巻二号二〇一頁以下参照。

藤井まなみ