

## 東京地裁平成11年12月2日決定

－訴状等の送達の瑕疵と再審事由，および，上訴の追完と再審の補充性について－

(平成11年(カ)第6号，貸金再審請求事件，判タ1029号295頁／金判1089号37頁)

A Case Concerning a Petition for Retrial Grounded on Invalid Service of Process

山 本 研

### 【事実】

クレジットカード会社であるX社（前訴原告・再審被告）は，平成8年6月28日，東京簡易裁判所に対し，Y（前诉被告・再審原告）を債務者として貸金625万余円の支払いを求める支払命令の申立てをした。同裁判所は支払命令を発付し，同年7月5日，支払命令決定正本の送達がなされた。その際の郵便送達報告書によれば，受送達者本人（Y）に渡したとする部分に丸が付けられ，受領者欄にはY姓の印（以下，「Y印」とする）が押印されていた。

同年7月19日，Yの名前で本件支払命令に対する異議申立てがなされたことにより，当該事件は通常訴訟に移行し（前訴事件），同年10月3日，裁判所からYに対して第一回口頭弁論期日の呼出状が送達された。同呼出状の郵便送達報告書によれば，同居者A（Yの実兄）が受領したとの記載があり，受領者欄には前記「Y印」の印影と酷似したY姓の印が押印されていた。

同年10月24日，Yの名前で答弁書が提出され，同年10月31日に第一回口頭弁論期日が開かれたが，Yは欠席し，答弁書が擬制陳述された。なお，当該答弁書と前記異議申立書の筆跡は酷似している。さらに，同年12月3日，Yに対して第二回口頭

弁論期日の呼出状が送達された。同呼出状の郵便送達報告書によれば、受送達者本人（Y）に渡したとする部分に丸が付けられ、受領者欄には第一回口頭弁論期日呼出状の送達の際と同様に、前記「Y印」の印影と酷似したY姓の印が押印されていた。

同年12月5日、第二回口頭弁論が開かれたが、Yが欠席したため弁論は終結され、同年12月19日、X社勝訴の判決が言い渡され、同年12月21日、Yに対して判決正本が送達され、判決はそのまま確定した。判決正本の郵便送達報告書によれば、受送達者本人（Y）に渡したとする部分に丸が付けられ、受領者欄には前記「Y印」の印影と酷似したY姓の印が押印されていた。

X社は、平成9年9月末に上記勝訴判決に基づきYの給料債権に対し強制執行の申立てをし、その差押命令がYの勤務先に送達された。同年10月頃に差押命令の存在を知ったYは法律扶助協会に出かけて相談し、平成11年6月、本件再審の訴えを提起するに至った。Yの主張する再審の理由は、貸金はYではなくその実兄であるAが借りたものであり、前訴の訴状、判決正本等を受領したり、異議申立書や答弁書を作成・提出したのも実兄Aであり、Yは前訴の訴訟係属を全く知らなかったのであるから、民訴法338条1項3号の「法定代理権、訴訟代理権又は代理人が訴訟行為をするのに必要な授權を欠いた」場合にあたり、再審事由があるというものである。

これに対しX社は、①前訴の訴状、判決正本等の送達は、Aが受領したのだとしても、AはYの同居人であるから補充送達として有効であると主張し、また、②仮に、送達が有効になされておらず、Yが前訴の訴訟係属を知らぬまま判決がなされたとしても、本件再審の訴えを提起する約2年前の平成9年10月頃（X社がYの給料債権を差し押さえた時点）には前訴判決の存在を知り、かつ、Aから事情を聞いて事実関係も了解していたのであるから、上訴の追完という方法で争うべきであったのであり、本件再審の訴えは民訴法338条1項但書の再審の補充性に反し許されないと主張した。

## 【決定要旨】

### 再審開始決定〔即時抗告〕

#### 1. 訴状等の送達の有効性、および再審事由の存否について

##### ①訴状等の送達の無効と民訴法338条1項3号の再審事由の関係

「訴状、呼出状の有効な送達がないため、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て確定した場合には、民訴法338条1項3号の再審事由があると解するのが相当である（同旨、最判平成4年9月10日民集46巻6号553頁）。以上の基準に照らし本件を見てみることにする。」

##### ②Yの実兄Aの補充送達受領権限について

「再審原告（Y）は、・・・乙山荘の一階の隣接する一号室と二号室を借りていたが、・・・二号室には、昭和63年4月30日ころから、再審原告の実兄であるAが住むようになった。乙山荘はいわゆる木造のアパートで、各部屋はそれぞれ独立してトイレや台所の設備がついており、玄関も別々に設けてあり、電気のメーターも各部屋ごとに各玄関付近に個別にあり、外から見る限り、各部屋が独立した構造となっている。一号室と二号室は、再審原告がかつて内縁の妻と生活していたことから、中の仕切の壁の一部を切り取られ、一方から他方に通じるドアが設けられていた。再審原告は・・・ハイヤーの運転手をしており、仕事柄昼間等部屋を空けることが多く、実兄であるAは、弟である再審原告が住む一号室に自由に出入りし、電話の応対をしたり、郵便物を見たりすることができる状況にあった。以上の認定事実によれば、再審原告はAと同居しているとは言い難い。」

「しかも、本件のようにAが再審原告に無断で同人の名前を使用して再審被告から金員を借りたか否かが問題となっているような事案においては、Aにおいて再審被告から再審原告に対する裁判所からの書類を受け取った場合、これを再審原告に見せることは想定しにくい。そうだとすると、Aが訴状等を受領したことをもって、再審原告への送達と見ることは困難である。」

##### ③訴状、期日呼出状等の送達書類の受領者について

(1)再審原告Yの勤務している会社のタイムカードによれば、前訴の第一回期日呼出状、第二回期日呼出状、判決正本の送達された日時には、Yは会社に泊まっており各送達書類を受け取ることができる状況にないこと、(2)Aが受領したとされる第

一回期日呼出状についての郵便送達報告書に押印されている印影と、Yが受領したとされる支払命令正本、第二回期日呼出状、判決正本送達についての各郵便送達報告書に押印されている印影が酷似していること、(3)Yの名前で作成され裁判所に提出された異議申立書および答弁書の筆跡が、本件審尋期日に出頭した際にAが記載した署名と酷似していること、以上、(1)~(3)の認定事実に基づき、裁判所からの支払命令正本、第一回期日呼出状、第二回期日呼出状、判決正本を受領したのはYではなく実兄のAであると判断した。

#### ④再審事由の存否について

「(③の事実に②の事実を勘案すると、)Aが受領したことをもって、再審原告への送達があったとみることは困難である。そうだとすると、前訴において、再審原告に対し、訴状、呼出状の送達がないまま、判決が下され、確定したというべきであり、再審事由があることは明らかである。」

## 2. 再審の補充性について

「民訴法338条1項但書の法意は、当事者が再審事由に該当する事由を知っていたのに、それを理由として上訴せず、あるいは上訴しても右の事由を主張しなかった場合には、判決確定後これに対して同じ事由を主張して再審の訴えを提起することは、法的安定性からみて相当ではないという点にある。そして、ここで前提にしている前訴の判決手続は有効に行われた判決手続を前提にしている。ところが、本件では、再審原告は、訴訟の係属を知らなかったものであり、民訴法338条1項但書はこのような場合を予定しているとは思われない……。もし、本件のような場合まで、上訴の追完しか許されないとすると、再審原告は一番の裁判を受ける権利を失ってしまうし、控訴期間も一週間と短縮されるし、一番判決を有効なものとして受認せざるを得ないことになり（上訴の追完はそれまで行われた判決手続を有効なものとする行為である）、前訴に関与できなかった再審原告の立場を不当に制限する結果となり、相当ではない。もちろん、再審原告において、自ら上訴の追完という方法を選択することは可能だが、だからといって、上訴の追完の方法を選択しなかったために、再審の訴えの手段を失ってしまうということにはならない。

以上のとおり、本件には民訴法338条1項但書の適用はなく、この点についての

再審被告の主張は理由がない。」

## 【研究】

### 1 問題の所在

近年、消費者信用供与の多様化・増大を背景に、比較的簡単な手続でクレジットカードをつくることができるようになった。妻が夫の名義を用いるなど、同居者の名義でクレジットカードを結ぶケースもしばしばあり、ときとして、名義人の許可を得ず勝手に契約していることもある。このようなケースにおいて、その契約にまつわる訴訟（貸金請求訴訟・立替金請求訴訟など）の訴状等が名義人の住所に送達された際、名義を冒用した者が同居者としてこれを受領し、名義冒用の事実の発覚をおそれて隠匿してしまうことがある。この場合、名義人としては自己に対して訴訟が提起されている事実を知ることができないため、なんら抗弁を出すこともなく敗訴判決を受けることとなり、判決正本も同様に隠匿された場合には、そのまま判決は確定し、強制執行を受けるに至ってはじめてそのような事実気付くこととなる。

このような場合の名義人の救済策として、再審による救済を正面から認め、社会的にも大きな注目を集めた最高裁判決として、最判平4年9月10日（民集46巻6号553頁）<sup>1)</sup>がある。この最判における判示事項は、本件にもかかわる点が多いため、その事案及び判旨について若干詳しく紹介しておくことにする。事実関係は、妻が夫の名義で締結した立替払契約に基づき、信販会社から夫を被告として立替金請求訴訟が提起されたが、訴状は当時7歳9月の四女が同居者として受領し被告本人（夫）には届かず、被告欠席のまま言い渡された敗訴判決の正本も、妻が同居者として受領しながら隠匿してしまったため、被告本人が知らない間に判決が確定したというものであり、その後、この判決の存在を知った夫が信販会社に対して提起した再審の許否が争われたものである。争点となったのは、①当時7歳9月であった

---

1) この最高裁判決に関する解説、評釈は多数にのぼる。本研究においても、随時引用していくが、とりあえず、田中豊「判解」曹時45巻10号150頁（平5）および、同167頁（後注二）に掲げるものなどを参照されたい。

四女に補充送達を受領能力が認められるか、②訴状の有効な送達が無い場合訴え提起などの事実を知らないまま判決が確定したことが民訴法338条1項3号（以下、現行民訴法の条文は、条数のみで表示する）の再審事由にあたるか、③訴状の送達が無効であっても、判決の送達が補充送達として有効になされた場合、再審の補充性（338条1項但書）の適用はあるか、という点である。これについて、最高裁は、①当時7歳9月であった四女は「事理を弁識するに足るべき知能」を備えておらず、訴状は有効に送達されたとはいえないとした上で、②有効に訴状が送達されなかったため、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、「代理権の欠缺があった場合と別異に扱う理由はない」として、338条1項3号の再審事由があるとし、③判決正本が補充送達として有効に送達されたとしても、再審事由を現実に了知できなかった場合は338条1項但書の適用はないとの判断を示して、原審に差戻し再審による救済の道を開いた。

本件も、再審原告Yの主張によれば、実兄AがYの名義を無断で使用してX社から金員を借りたという事情があり、その借入金に関する訴訟書類がYの住所に送達され、Aが同居者として受領し名宛人であるYに渡さなかったため、Yが知らない間に判決がなされ確定したものであり、YとAが隣室に居住していたなど個別的には異なる点もあるが、本人が訴訟係属の事実すら知らぬ間に敗訴判決がなされ確定していたという状況は、上記最判と同様である。

もっとも、本件においては、訴状等の有効な送達がないため、訴訟に関与する機会が与えられないまま判決が確定したことが338条1項3号の再審事由にあたるかについてはもはや争われず、前記最高裁の判断が前提とされており、中心的な争点となったのは、①前訴における訴状等の送達の有効性、および、②上訴の追完が可能な場合にこれをせず再審の訴えを提起することは、338条1項但書の再審の補充性に反するか、という点であった。これにつき東京地裁は、①についてはYとAが居住するアパートの構造などからみてYとAは同居しているとはいえないこと、および、Aが送達書類を受領してもYに渡すことが期待できないことから、Aが受領したことをもって訴状等の有効な送達があったとはいえないとし、また、②については訴状等の有効な送達がないため訴訟の係属すら知らなかった場合には、上訴の追完が可能であるにしても、それをせずに再審の訴えを提起することも許される

（上訴の追完については再審の補充性の適用はない）として、再審開始の決定をした<sup>2)</sup>。以下においては、まず本件においては争われなかったものの、その判断の前提とされた訴状等の送達の瑕疵と再審事由に関する問題について簡単に概観した上で、本件の争点とされた補充送達の有効性、および、上訴の追完と再審の補充性をめぐる問題について検討していくことにする。

## 2 訴状の送達の瑕疵と再審事由

再審事由は、再審が非常の不服申立て方法であることから、例示列举ではなく制限列举であるとされるが<sup>3)</sup>、制限列举であることを厳格に貫きすぎると、かえって再審制度を認めた法の趣旨を没却することになりかねないとの考慮から、最近では特に338条1項3号の再審事由を中心に、一定程度の類推又は拡張を肯定する見解が有力となっている<sup>4)</sup>。そして、補充送達の受領権限がない者が送達書類を受け取りこれを隠匿した場合については、補充送達の受領者を受送達という訴訟行為に関する法定代理人とみることにより<sup>5)</sup>、送達の受領権限のない者が送達書類を受領したことをもって338条1項3号の代理権欠缺にあたると構成し、再審事由の存在を認めるのが、従来の下級審判例<sup>6)</sup>の考え方であった<sup>7)</sup>。しかし、前掲最判平4年9月10日は、従来の下級審と同様に訴状の交付を受けた四女が補充送達を受領する能

---

2) 旧民事訴訟法においては、再審事由の存否に関する審理と原確定判決に関する本案の審理を一つの訴訟手続内で行う一段階の手続構造がとられていたが、新法においては、再審の訴えの適法性および再審事由の存否についての審理判断を先行させ、再審の訴えが適法であり再審事由の存在が認められる場合に再審開始決定をするものとし(346条1項)、再審開始決定が確定した後はじめて本案の再審理をして判決するという二段階構造に改められた。本決定は、新法により再審開始決定がされた事例として（民訴附則22条参照）、判例誌に紹介された最初のもののようである。なお、再審の手続構造をめぐる議論状況については、山本研「新民事訴訟法における再審手続の論点」沖縄法政研究2号61頁（平12）参照。

3) 最判昭28年10月27日裁判集民10号327頁、最判昭29年4月30日裁判集民13号723頁、最判昭37年6月22日裁判集民61号377頁など。

4) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅲ』370頁（日本評論社、昭61）、石川明＝高橋宏編『注釈民事訴訟法(9)』11頁〔高橋宏志〕、36頁以下〔上村明広〕（有斐閣、平8）など。

5) 補充送達の受領資格者を受送達者の法定代理人とみるのが通説である。兼子一／松浦＝新堂＝竹下『条解民事訴訟法』439頁〔竹下守夫〕（弘文堂、昭61）、斉藤秀夫ほか編『注釈民事訴訟法(4)〔第2版〕』208頁〔斉藤秀夫・吉野孝義〕（第一法規、平3）など。これに対し、名宛人の使者とみるものとして、兼子一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』90頁（酒井書店、昭40）がある。

力を備えない者であることから338条1項3号の法定代理権欠缺に該当すると構成することができたにもかかわらず、あえてそのような構成はとらず、より直接的に訴状の送達が無効により訴訟に関与する機会が与えられなかったことをもって338条1項3号の再審事由に該当するとした<sup>6)</sup>。この最判平成4年以降の下級審裁判例として、たとえば、東京地判平10年9月2日(判時1676号80頁)は、香港に本社のある甲社を被告とする貸金返還請求訴訟につき、甲社の従業員で香港本社の取締役として登記され日本における代表者に選任されていた丁が訴状副本を受領したが、訴状副本の送達時点で丁は甲社の日本における代表者を解任されており、また、従業員としても解雇されていたという事案において、丁に対する訴状副本の送達は、受送達者本人に対するものとしても、補充送達としても無効であるとした上で、「甲社が本案事件の審理に関与する機会を実質的にはなかったというべきであり、本件確定判決には、民訴法338条1項3号の再審事由がある」として、再審の訴えを認めており、最判平4年9月10日で示された構成に従っている。

本決定においても、「訴状、呼出状の有効な送達がないため、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て確定した場合には、民訴法338条1項3号の再審事由があると解するのが相当である」として、最判平4年9月10日の基準に従うことを明言しており、このような状況の下、再審被告X社もこの点についてはもはや争おうとはしなかったものとみられる。したがって、本件に

---

6) 高松高判昭28年5月28日高民集6巻4号238頁、釧路簡判昭61年8月28日(中山幸二「消費者法判例紹介」NBL433号40頁)など。その他、受領権限のない者の受領は氏名の冒用にあたと構成し、338条1項3号の準用を認めるものとして、東京地判昭52年2月21日判時869号67頁がある。

7) 以上のように、送達受領権限のない者が送達書類を受領したことをもって代理権欠缺の再審事由に該当するという枠組みを前提とする限り、不実の申立てに基づく公示送達の事案(原告が被告の住所を知らず、又は過失により知らずに公示送達の申立てをした場合)については、受送達についての代理権欠缺というものはありえないため、再審事由を認めることはできないことになる。そのため、判例は大審院・最高裁を通じて、不実の公示送達申立てにより被告欠席のまま被告敗訴の判決が確定した場合については、再審による救済を認めていない(大判昭10年12月26日民集14巻34号1229頁、最判昭57年5月27日判時1052号66頁・判タ489号56頁)。なお、公示送達の要件欠缺の場合の救済方法については、後掲注(37)参照のこと。

8) 本件最判の解説において田中調査官は、「当事者に保障されるべき訴訟に関与する機会というものを実質的に捉え」たものと評し、本判決の射程について、「訴状の補充送達が無効であるときに限らず、何らかの理由により訴状の送達が無効であり、そのことに起因して被告が訴訟に関与する機会が実質的に与えられなかったという場合を射程に収めている」としている(田中・前掲注(1)159頁)。



においては、訴状等の送達が有効になされたか否か—実兄Aが受領したことをもって有効な送達（補充送達）がなされたとみることができるか—が、再審事由の存否の判断の鍵となる。なお、本件においては、訴状、期日呼出状などを誰が受領したかについても問題となっており、Yの勤務する会社のタイムカード、筆跡の対照、郵便送達報告書に押捺されている印影の検討などからAが受領したものと判断されている。これについては純然たる事実認定の問題であるので、本研究ではその当否には立ち入らず、この事実認定を前提に全ての送達書類をAが受領したものとして検討を進めることにする。

### 3 補充送達の効力

送達とは、訴訟上の書類の内容を当事者その他の訴訟関係人に知らせるために、一定の方式に従って書類を交付し、または書類の交付が不可能な場合には、交付の機会を与える裁判機関の行為であり<sup>9)</sup>、受送達者の住居所あるいは就業場所などの送達をなすべき場所において、受送達者本人に対し送達書類を直接交付してするのが原則とされている（101条、103条1項）。当事者に裁判を受ける権利（憲32条）を実質的に保障するためには、訴訟手続における主張・立証の機会を保障する必要がある、そのためには訴訟上の書類の内容を確実に了知させることが重要となる。そのため、法は送達の方式につき細かに規定を設け、また交付送達を原則としている。しかし、常に受送達者本人に直接書類を交付することを要求すれば、迅速な送達の実施は困難となり、場合によっては送達を行うことができないことにもなりかねない。訴状の送達が奏功しなければそもそも訴訟は開始され得ず、訴えを提起しようとする者にとっては適切な時期に有効に訴えを提起することができないということになり、この者の側からみれば、権利保護の機会が奪われ裁判を受ける権利が保障されないということになってしまう。そこで法は、受送達者と一定の密接な関係にあり、その者に送達書類を交付すれば遅滞なく受送達者本人にこれが届けられることが期待できる者として「使用人その他の従業者又は同居者であって、書類の

---

9) 齊藤ほか編・前掲注(5)152頁[齊藤・吉野]。

受領について相当のわきまえのあるもの」を補充送達受領権者と定め、送達実施機関が送達場所において受送達者に出会わない場合には、これらの者に書類を交付することによって送達を実施することができるとする補充送達の制度を設けている(106条1項)。したがって、補充送達制度は、受領権者として法定されている者に送達書類を交付すれば受送達者本人に手渡される高度の期待可能性を前提に、受送達者が送達書類の内容を確実に了知する利益と、手続の迅速な進行および相手方の権利実現の機会の保障との調和を図ることを目的とする制度といえることができる。

先に述べたように、本件においては、実兄Aへの補充送達をもってYへの送達があったとみることができるか、すなわち、Aの補充送達受領権限の有無が争点の一つとされている。これにつき、本決定は、①建物の構造などからYとAが同居しているとはみることができないこと、および、②本件のように送達名宛人(Y)と事実上利害の対立する者(A)が送達書類を受領した場合、送達名宛人に渡す期待可能性がないことから、Aへの補充送達をもって、Yへの送達があったとみることはできないと判断している。以下、①Yの実兄Aが106条1項に受領権者として法定されている「同居者」にあたるか、②利害対立のある同居者への補充送達の実施は送達の効力を生じさせるか否かにつき、順に検討していくことにする。

#### (1) Aが「同居者」に該当するか否か

106条1項にいう「同居者」とは、親族または雇人に限らないが、受送達者と同一家屋内に居住する者で、かつ、生計を一つにする者と解されている<sup>10)</sup>。判例にあらわれたものをみると、同一建物であるアパートの居住者同士につき、東京高決昭38年2月20日(東高民時報14巻2号25頁)は、「同居者とは送達名宛人と共同生活をする者を指称し、仮令同一建物たるアパートに居住する者であつても其の部屋を異にし別個独立の生活をしている者の如きはこれに含まれない」として生活の独立性を理由に同居者に該当しないとし、また、同一家屋に居住しているが世帯を異にする者(下宿人や臨時の留守番など)につき、大阪地決昭34年3月10日(下民集10

10) 齊藤ほか編・前掲注(5)210頁[齊藤・吉野]、竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』567頁[三輪和雄](有斐閣、平5)、園尾隆司編『注解民事訴訟法【Ⅱ】』360頁[石田賢一](青林書院、平12)。

巻3号463頁）は、「『同居者』とは、・・・送達名宛人と同居している者であれば足り、法律上親族であることを要しないが、同一家屋に居住していても世帯を異にする者、下宿人、臨時の留守番などはこれに含まれない」として、世帯の同一性を基準に同居者に該当するか判断している。

本決定においては、「各部屋はそれぞれ独立してトイレや台所の設備がついており、玄関も別々に設けてあり、電気のメーターも各部屋ごとに各玄関付近に個別にあり、外から見ると、各部屋が独立した構造となっている」との建物の外見上の構造を理由に、「YはAと同居しているとは言い難い」とし、Yの補充送達受領権限を否定している。これは、一見、YとAは別々の部屋に居住しているという外形的理由から形式的にAは同居者にあたらないとの結論を導いたもののように見える。しかし、このような結論を導いた背後には、本件のようにAがYの名義を冒用して金員を借入したという事案においては、事実上の利害相反関係にあるAに送達書類を渡してもYに手渡すことが期待し得ないとの考慮があったのではないかと推察される。ただ、後述するように、事実上の利害相反者に対する補充送達の有効性については判例においても見解が分かれているところであるため、その点のみを理由に補充送達を無効とするのではなく、「其の部屋を異にし別個独立の生活をしている者」は同居者にあたらないとした東京高決昭38年2月20日にも沿う無難な理由付けとして建物の外見上の構造をあげたのではないだろうか。この点については、利害の対立する関係にある同居者への補充送達をめぐる判例・学説の状況についてみた上で、改めて検討することにする。

## （2）利害相反者の補充送達受領権限

補充送達は、送達をなすべき場所以外の場所で実施したり、法定の補充送達受領権者以外の者に書類を交付するなど、その要件を欠いているときには無効となる<sup>11)</sup>。しかし、法定の要件を充たしてさえいれば、補充送達受領権者に送達書類を交付した時点で送達としての効力を生じ、その書類が実際に受送達者に交付されたか否かは送達の効力に影響を及ぼさないのが原則とされている<sup>12)</sup>。しかし、補充送達制度は、送達書類受領者から受送達者本人に送達書類が手渡される高度の期待可能性を前提とするものであることから、そのような前提を欠く場合、すなわち受送達者と

送達書類受領者との間に利害相反関係があり受送達者に書類が渡される期待可能性が少ない場合については、制度自体の前提を欠くものとして無効とするか、あるいは、原則に従い外形上法定の要件を充たしている限り有効とするかが問題となる。

これにつき、送達受領者が受送達者の訴訟の相手方またはそれに準ずる者である場合については、送達受領者を受送達者の一種の法定代理人とする理解のもとに、双方代理禁止の法理に照らして、その送達受領権限を否定するのが通説である<sup>13)</sup>。判例も、送達書類を相手方当事者やその親族などが同居者として受領した事例においては、その受領権限を否定しており<sup>14)</sup>、たとえば、水戸地判昭34年12月25日（下民集10巻12号2760頁）は、妻が夫の浪費を理由に申し立てた準禁治産宣告の申立てにつき、夫を名宛人とする審判謄本を妻が同居者として受領した事案において、「法律が双方代理を禁じている趣旨から考えても、また同条〔現行106条―筆者註〕が本人のいわば補助者ともいうべき事務員雇人と並べて同居者を入れている点からいつても、同条によつて同居者に受領権限が認められるのは送達に係る事件について、送達を受くべき本人と同居者との間に利害の対立がないか或は同居者がそれについて何等の利害関係も有しないような場合に限られるものと解すべき」としている。したがって、相手方当事者ないしそれに準ずる者については送達受領権限を否定し、これらの者に送達書類が交付されても送達の効力は生じないとする点では、判例・学説とも異論のないところといえる。

問題となるのは、本件のように名宛人の名義を冒用して契約を締結した同居人がその契約に関する訴訟の送達書類を同居者として受領するケースのように、相手方

11) ただし、法定の補充送達受領権者以外の者に書類が交付された場合であっても、その者が送達名宛人に書類を手交し、送達名宛人がこれを異議なく受領すれば、その時から送達が有効になると解される（斉藤ほか編・前掲注(5)213頁〔斉藤・吉野〕）。東京高判昭34年6月20日（東高民時報10巻6号133頁）は、9歳の女兒に送達書類を交付してなされた送達は、「事理を弁識するにたる知能のない年少者に交付したのであるから」無効であるが、受送達者がその送達書類を発見し異議なく受領したときには、そのときから送達が有効となるとする。

12) 兼子ほか・前掲注(5)441頁〔竹下〕、斉藤ほか編・前掲注(5)213頁〔斉藤・吉野〕。

13) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法I〔補訂版〕』1100頁（日本評論社、平5）、兼子ほか・前掲注(5)439頁〔竹下〕、斉藤ほか編・前掲注(5)208、211頁〔斉藤・吉野〕、竹下＝伊藤編・前掲注(10)565頁〔三輪〕など。

14) 本文中に掲げた水戸地判昭34年12月25日のほかに、大判大13年3月7日民集3巻98頁（妻に対する離婚訴訟の訴状副本などを夫の被用者が受領した事例）、東京地判昭30年9月30日判時65号11頁（借家人に対する明け渡し訴訟の訴状副本及び口頭弁論期日の呼出状を家主の娘が受領した事例）などがある。

当事者ないしそれに準ずる者ではないが、事実上の利害状況から送達書類の伝達が期待できない者（＝事実上の利害相反者）に対し補充送達の実施として書類が交付された場合である。このような事実上の利害相反者の送達受領権限については見解が分かれており、判例も受領権限を否定するものと肯定するものがある。

受領権限を否定し送達の効力は生じないとする下級審裁判例としては、以下のようなものがある。

【東京地判昭49年9月4日（判タ315号284頁）】

夫に無断で土地・建物を譲渡担保に供した妻が、夫を名宛人とする建物明渡請求訴訟の訴状副本・口頭弁論呼出状を同居者として受領し隠匿した事案において、「（民訴法106条）の趣意とするところは、事務員、雇人、同居者に対して送達書類を交付すれば、通常の場合その者から受送達者本人に交付されることが期待でき、送達の目的を達することができることにあると解されるが、右の者が、受送達者本人と利害相反する関係にあることなどの理由によつて受送達者本人に送達書類を交付することが期待できず、この者が故意にこれを受送達者本人に交付することなく秘匿したような場合には、・・・送達の効力は生じないものと解するのが相当である」として、「故意による秘匿」の要件を付してはいるものの事実上の利害相反者に対する補充送達の効力を否定する<sup>15)</sup>。

【釧路簡判昭61年8月28日（中山幸二「消費者法判例紹介」NBL433号40頁）】

夫の名義を冒用して立替払契約を締結した妻が、その立替払契約に関する夫宛の支払命令を同居者として受領し隠匿した事案において、「（送達受領者が）送達にかかる事件について、受送達者本人と利害の対立があるなどの特別の事情があつて、受送達者本人に送達書類を交付することが期待できず、これを隠匿した場合には、この者は、・・・送達書類を受領する権限はないものと解するのが相当である」とする<sup>16)</sup>。

【大阪高判平4年2月27日（判タ793号268頁）】

夫名義の土地を無断売却した妻が、当該土地の所有権移転登記などを求めて

---

15) 本件においては、判決正本についても妻が受領し隠匿していたため、判決は有効に送達されていなかったとして、判決送達から68日後の控訴を認めている。

16) 本件においては、支払命令正本の送達を受ける権限が無かったことをもって338条1項3号の代理権欠缺の再審事由に該当するとし、再審による救済を認めている。

買受人が提起した訴訟の訴状等を同居者として受領し隠匿した事案において、補充送達の効力については、送達制度の目的である迅速な送達と確実な送達という二つの目的の調和の中で検討されなければならないとし、①その検討は、送達受領者を受送達者の法定代理人とする概念的枠組みによって行うべきではなく、実質的な考慮にもとづいてなすべきであり、また、②「法的安定性を確保するためとして外形からみるべきであると論じることが取引行為ではない送達についての議論としては相当でない」とした上で、実質的に検討して補充送達制度が予定している前提（＝送達受領者に送達書類を交付すれば遅滞なく受送達者に手渡されるという期待）が欠けている場合にはその効力を否定すべきであり、受送達者と送達受領者の間に「実質上の利害関係の対立があつてその当時の状況からみて送達書類を受領したら遅滞なく受送達者に届けることを通常期待できる事情にない場合には補充送達の効力を否定すべきである」としている<sup>17)</sup>。

これら、事実上の利害相反者に対してなされた補充送達の効力を否定する判例が論拠とするところは、上記大阪高判平4年2月27日において諸点説示されているが、結局の所、事実上の利害相反者については、送達書類受領者から受送達者本人に送達書類が伝達される期待可能性という補充送達制度の前提が欠けている、という点に集約される。

これらに対し、送達書類受領者と受送達者の間の利害対立関係が単なる事実上のものに過ぎない場合は受領権限は否定されないとし、補充送達の効力を肯定する下級審裁判例としては、以下のものがあげられる。

【神戸地判昭61年12月23日（判時1247号114頁・判タ638号247頁）】

内縁の夫の名を連帯保証人として冒用した内縁の妻が、当該保証債務に関する支払命令の送達を同居者として受領した事案において、「『事実上の利害関係』といった、受領行為者の動機や目的についての事情は、当該送達を行う裁判所その他送達機関にとつて外形からみて明らかになつていないことは全くない

17) 本件においては、判決正本についても妻が受領し隠匿していたため、判決は有効に送達されておらず、未だその送達を受けていないことになるとして、判決の補充送達の時点（昭和57年5月）から約8年後（平成2年4月）になされた控訴提起を、控訴期間経過前になされたものとして適法と認めた。

であろうから、そのような存否の明らかでない事情の有無によつて送達の効力が左右されるときは、手続の安定を著しく欠く結果となつて、妥当ではない」として、手続の安定性の確保を理由に、事実上の利害関係という外形上明らかでない事情は送達の効力に影響を及ぼさないとしている。その上で、手続関与の機会を与えられなかった受送達者の救済については、「（送達書類を故意に破棄あるいは隠匿した送達受領者につき）刑事事件の有罪判決が確定するか、証拠欠缺以外の理由により有罪の確定判決を得ることができないことが確定するのを待つて、民訴法420条〔現行338条－筆者註〕1項5号の再審事由を主張して再審請求をすることができるし、そのみならず、責に帰すべからざる事由により異議申立期間を遵守することができなかつたものとして、異議申立の追完をする余地もある」と教示し、事実上の利害相反者に対する送達を有効としても受送達者の利益を無視するものではないとする。

【名古屋地決昭62年11月16日（判時1273号87頁・判タ669号217頁）】

夫が無断で妻を家族会員とするクレジット契約を締結しカード使用債務の支払義務者を妻としていたところ、同契約に基づき妻を債務者とする支払命令が発付され、支払命令および仮執行宣言付支払命令の各正本が送達されたが、同居者として夫が受領しそのまま隠匿した事案において、同居者につき送達書類受領権限が否定されるのは双方代理禁止の原則に触れる場合に限られ、それ以外の場合は補充送達の要件を充たしている限り有効な送達となるとした上で、  
「（本件事案は、同居者たる夫と送達名宛人である妻との間に）本件債務につき事実上の利害の対立があるに過ぎず、右両名が、本件送達のされた訴訟において、互いに相手方又はそれに準ずる地位に立つ者ではないので、双方代理禁止の原則から同居者の書類受領権限を否定すべき場合とは認め難く、夫に対する送達は・・・有効であると解すべきである」と判示する。ただし、本件においてはこれにつづけて、「訴訟行為の追完が認められる趣旨の中には、補充送達のように、当事者が現実には送達書類の交付を受けない場合にも送達の効力を認めることにより実体的権利を失う者に生ずる著しく酷な結果を救済する点もある」と解しうるうえ、前判示のように、抗告人が通常の注意を払えば、右送達の実事を知りえた事情も認められない本件事案においては、抗告人はその責に

帰すべからざる事由により、本件支払命令に対する異議申立期間を遵守しえなかったものと解すべきである」として、支払命令に対する異議申立の追完を認めている。

【札幌簡判平2年1月25日（中山幸二「消費者法判例紹介」NBL454号43頁）】

夫の名義を冒用して立替払契約を締結した妻が、その立替払金請求訴訟の判決正本を同居者として受領しながら隠匿した事案<sup>18)</sup>において、「事実上の利害関係の如きその事情の存否が明らかでないのに、右事情によって送達の効力が左右されたとすると手続の安定を欠くことになる」とし、手続の安定を理由に、単に事件につき事実上の利害関係を有するに過ぎない者については送達受領権限を肯定している。その上で、送達書類を現実を受領することができなかった受送達者の救済については、「（送達受領者）が原判決正本を隠匿したとするなら、その事由を知ったときから一週間以内に上訴の追完をなしえたり、また、民事訴訟法420条〔現行338条―筆者註〕1項5号の再審事由もあったのであるから、しかるべき救済方法をとれたはずである」とする。

【東京高判平6年5月30日（判時1504号93頁）】

訴状、期日呼出状、判決正本の送達がいずれも同居者である長男に交付してなされたが、長男は父親の名義を冒用して父親所有の土地につき根抵当権設定契約を締結したことなどが発覚することをおそれ、これらの書類を全て隠匿して名宛人である父に渡さなかった事案において、「送達機関が、送達を実施するに際し、送達名宛人と同居者との間の事実上の利害関係の有無を、外形から明瞭に判定することは極めて困難であり、そのように外形上客観的に明らかでない事情によって送達の効力が左右されとすることは、手続の安定を著しく害することとなるから、右両者間に事実上の利害の対立関係がある場合であっても、同居者の送達受領権限は否定されない」とし、送達を実施する際に外形的に明らかでない事情により送達の効力が左右されるのでは手続の安定が害されることを理由に、事実上の利害相反者に対する補充送達を有効としている。ただし、受送達者が「約五四年間も農業一筋に従事してきた満八〇歳の高齢者であり、思考力や視力が衰えて自ら訴訟行為を行う能力が低下し、・・・弁護士にそれを委任するだけの経済的な余裕も無かったこと」、「判決に対する不



服申立てをするため可能な限りの方法で速やかに行動を起こし・・・はじめて判決の内容を明確に知るとともに、法律扶助により本件控訴提起の手続を行ったこと」などから、控訴期間内に控訴を提起できなかったことにつき過失があったとまではいえないとして、控訴の追完を認めている。

以上のように、利害相反関係が事実上のものに過ぎない者については送達受領権限を肯定し、これらの者に対する補充送達を有効とする判例は、いずれもその論拠を外形的・客観的に明らかでない事情により送達の効力が左右されるのでは法的安

18) 本件における訴状及び期日呼出状の送達は郵便に付する送達によってなされたが、不在のために配達できず、留置期間の経過により裁判所に還付されたため、被告とされた夫（甲）は訴訟係属の事実を現実には了知することができなかった。この付郵便送達の実施に際しては、被告の勤務先不明という信販会社からの報告に基づいて裁判所書記官が就業場所送達を経ず直ちに付郵便送達を実施したものである。本件再審訴訟においては、むしろこの付郵便送達の効力が中心的な争点となっており、実際は信販会社の担当者は甲の就業場所を知りながら早期に債務名義を獲得するために就業先不明と虚偽の回答をしたものであり、また、裁判所書記官も立替払契約書さえ確認すれば容易に夫の勤務先を知り得たのに、信販会社担当者の回答に基づき漫然と付郵便送達を実施したものであるから、付郵便送達でなされた訴状・期日呼出状の送達はその要件を欠き無効であり338条1項3号の再審事由があるとの主張がなされている。これにつき、本件札幌簡判平2年1月25日は、訴状等の付郵便送達は無効であり再審事由があるが、判決の補充送達が有効である以上、上訴の追完によって争うべきであったので338条1項但書（再審の補充性）により再審の訴えは許されないとして再審の訴えを却下した。これに対し、札幌地裁に控訴、札幌高裁に上告、さらに最高裁に特別上告をしたがいずれも排斥された。他方、甲は訴状等の付郵便送達が違法無効であったために、訴訟手続に参与する機会を奪われ、本来支払義務のない債務の支払いを余儀なくされたとして、信販会社については裁判所からの照会に対し虚偽の回答をしたことにつき故意または重過失があるとして、また、裁判所（裁判所書記官および担当裁判官）もこれを受けて必要な調査もせず付郵便送達を実施した過失があるとして、信販会社と国を被告として損害賠償請求を提起した。この損害賠償請求訴訟について、東京地判平3年5月22日（判時1400号84頁、判タ767号249頁）は甲の請求を全部棄却した。甲が控訴し、控訴審（東京高判平5年3月3日判時1456号101頁）は、国に対する控訴は棄却したが、信販会社に対する損害賠償請求については一部認容した。この控訴審判決に対して甲と信販会社の双方から上告がなされ、最高裁判所は、国に対する国家賠償請求事件（最判平10年9月10日判時1661号84頁・判タ990号138頁）と信販会社に対する損害賠償事件（最判平10年9月10日判時1661号89頁・判タ990号146頁）とに分離し、国家賠償請求については付郵便送達の実施につき過失はなく適法であるとして上告を棄却し、信販会社に対する損害賠償請求については、前訴判決に基づく債務の弁済として支払った金額につき損害賠償請求をすること（控訴審はこの範囲で損害賠償請求を認めている）は、確定判決の既判力ある判断と実質的に矛盾するものであり許されないとして、原判決中の信販会社敗訴部分を破棄して甲の控訴を棄却した。逆に、訴訟手続に参与する機会を奪われたことによる慰謝料請求については、控訴審判決の理由付けでは排斥し得ないとして、賠償請求の余地を認め控訴審に差し戻した。

これら、札幌簡判平2年1月25日に端を発する一連の判決のうち、再審訴訟（第一審～特別上告）および、損害賠償請求訴訟第一審判決（東京地判平3年5月22日）については、中山幸二「付郵便送達と裁判を受ける権利（上）（下）」NBL503号38頁以下、505号25頁以下（平4）（以下、「送達と裁判」として引用する）が詳しく分析・検討している。また、損害賠償請求訴訟についての最高裁判決（最判平10年9月10日）については、高木茂樹「判批」九大法学78号517頁（平11）参照。

定性が害されるという点に求めている。その上で、送達書類を現実に受領することができなかった受送達者の救済については、338条1項5号の再審事由を主張して再審請求をするか（前掲神戸地判昭61年12月23日、前掲札幌簡判平2年1月25日はその旨教示する）、上訴・異議申立の追完をしたりすることができる（前掲名古屋地決昭62年11月16日参照）とし、これらの救済策によるべきであるとする。

このように、下級審においては、事実上の利害相反者の送達受領権限（その論理的帰結としてこれらの者に対してなされた補充送達の効力）をめぐり、受送達者本人に送達書類が渡される蓋然性ないし期待可能性という補充送達制度の前提を重視するか、手続の安定により担保される法的安定性を重視するかを判断の分かれ目として、見解が分かれている。この問題について正面から取り上げ判断を示した最高裁判例はまだない。しかし、前掲最判平4年9月10日においては、上告理由として、前訴の判決正本の受領者である妻と受送達者である夫との間には事実上の利害対立関係があるから、妻に交付してなされた補充送達は無効である旨の主張がなされており、最高裁はこの上告理由につき明示的に判断を示したわけではないが、判決正本が有効に送達されたことを前提に論を進めていることからみて、事実上の利害相反者の送達受領権限を肯定しているようである<sup>19)</sup>。また、最判平10年9月10日（判時1661号89頁・判タ990号146頁）<sup>20)</sup>も、夫の名義を冒用して立替払契約を締結した妻が、その立替払金請求訴訟の判決正本を同居者として受領したが発覚をおそれ隠匿した事案につき、判決正本の送達は有効であることを前提として論を進めており、上記最判平成4年と同様に明言はしないながらも事実上の利害相反者の送達受領権限を肯定しているとみられる。

学説においては、送達受領者が受送達者の相手方当事者などでない限り、事実上利害関係が対立している場合であっても送達受領権限を失わないと割り切る見解<sup>21)</sup>

---

19) これにつき、高木・前掲注(18)526頁は、「（事実上の利害相反者の）受領権限を肯定する立場は、平成4年の最高裁判例でも示された」と評し、また、田中・前掲注(1)161頁も、「本判決は、前訴の判決正本が有効に送達されたことを前提としているから、明言しているわけではないが、受送達者と事実上利害の対立のある同居者に交付した補充送達の効力を否定するという考え方は採用していないものと思われる」とする。

20) 注(18)で紹介した損害賠償請求訴訟の上告審判決である。

21) 竹下＝伊藤編・前掲注(10)565頁[三輪]。

もあるが、手続の安定性を根拠に送達機関にとって外形的・客観的に明らかであるか否かを基準として送達の効力を決することには批判的な見解が有力なようである<sup>22)</sup>。これらの見解は、送達が手続保障の重要な手段であることを重視し<sup>23)</sup>、手続安定の要請との調和を図りつつ<sup>24)</sup>、受送達者の手続権の保障が有効に果たされていない場合には、外形的・形式的に明らかな事情だけでなく、実質的な事情をも考慮して送達の効力を決すべきとする<sup>25)</sup>。利害相反者の送達受領権限を直接的に問題にし、これらの者に対する補充送達の効力を一律に有効・無効と判断するのではなく、補充送達の制度趣旨と名宛人の救済方法の相関関係を考慮しつつ、個々の事案の実情に照らして個別的に送達の効力を判断していくことを指向するものといえる。

さらに最近では、「送達が有効かという問題（送達の有効性）」と「手続関与の機会が当事者に保障されていたかという問題（手続保障の実質的評価）」を切り離し、事実上の利害相反者に対する送達であっても、形式的要件が充たされれば爾後の手続を適法に進められるという意味で一応有効とし、送達の有効性と確保される

22) たとえば、中山「送達と裁判(下)」・前掲注(18)26頁は、「手続の安定性を根拠に送達機関にとって明らかであるか否かを決定基準とするのは疑問」であるとし、「手続安定の要請も、送達名宛人の裁判を受ける権利保障の要請の前には後退せざるをえないのではないか」とする。

23) 送達名宛人の「裁判を受ける権利」の保障という観点から説きおこし、当事者の手続関与の機会を実質的に保障するものとしての送達の重要性を説くものとして、中山幸二「民事訴訟における送達の瑕疵・擬制と手続保障」神奈31巻1号83頁（平8）（以下、「手続保障」として引用する）がある。同論文は、弁論権の保障を裁判所と当事者間のいわゆる垂直関係における手続保障の中核部分と位置づけ、その基礎を憲法31条の適正手続条項と結合した「裁判を受ける権利」（憲法32条）に求め、その上で、送達制度が弁論権を実質的に保障する上できわめて重要な機能を果たす（送達の手続保障機能）との観点から、送達の瑕疵や擬制ある場合の名宛人の救済の問題をとらえるものであり、本研究にあたっても多くの示唆を受けた。また、補充送達によった結果、手続保障が有効に果たされていない場合の救済の必要性を説くものとして、森勇「判批」ジュリ1024号（平成四年度重要判例解説）149頁（平5）、住吉博「判批」ジュリ1024号（平成四年度重要判例解説）140頁（平5）、藤本利一「送達の瑕疵」法教221号19頁（平11）などがある。

24) 高橋宏「判批」リマークス8号148頁、151頁（平6）は、「原告及び裁判所がなすべきことをしており、被告にも帰責性がないにもかかわらず、後になって手続が覆滅させられることは5号の再審事由がすでに予定しているところである」とし、事後的に手続が覆滅される可能性を少なくなるための方策として、原告が裁判前の対応から被告側の利害状況を知り、同居者に補充送達がなされた場合には本人に送達書類が渡されないと予測される場合には補充送達だけでは満足せず、さらに被告への通告などを原告が講じておくべきとする。また、住吉・前掲注(23)142頁も、送達については当事者も責任を負うべきとの観点から、「名宛人（被告）に送達書類が現に伝達されている事実を、原告の側も、適時に自身で間接の非公式な手段をもってしてでも、確かめておくべき」とする。

25) 鈴木俊充「判批」リマークス7号128頁（平5）、高木敬一「判批」法教150号62頁（平5）など。

べき手続関与の機会の保障との間にギャップが生じている場合には、事後的に、338条1項3号の再審による救済を認めるようとする見解も有力に主張されている<sup>26) 27)</sup>。

### (3) 本決定の示唆するもの

以上の考察を踏まえ、再び本決定に立ち返り検討を加えることにする。本決定においては、「各部屋はそれぞれ独立してトイレや台所の設備がついており、玄関も別々に設けてあり、電気のメーターも各部屋ごとに各玄関付近に個別にあり、外から見る限り、各部屋が独立した構造となっている」との認定事実に基づき、AはYの同居者にはあたらないとし、これに続けて、本件事案につき送達名宛人であるYと送達受領者であるAとの間に事実上の利害対立関係があることから、「Aにおいて再審被告から再審原告に対する裁判所からの書類を受け取った場合、これを再審原告に見せることは想定しにくい」として、本件補充送達を無効としている。判旨の文脈からみると、本件補充送達を無効とした主たる理由は、AはYの同居者ではないということにあり、AとYが事実上の利害相反関係にあることは補助的理由としてあげられているようにもみえる。しかし、むしろ本件補充送達は無効との判断を導いた決定的要素は、AとYの事実上の利害相反関係にあったのではないかと推

---

26) 森・前掲注(23)、中山「手続保障」・前掲注(23)、高木・前掲注(18)など。中山教授は、このような観点から、送達にかかる形式的な手続保障と事後的な救済場面での実質的な手続保障の二つの局面で手続保障を図るべきとする「手続保障の二重構造論」を説き、形式的には手続関与の機会が与えられたとみなされるものの、実質的にはその機会が与えられなかったケースについては、再審による救済を肯定する。また、高橋・前掲注(24)151頁は、前掲最判平成4年9月10日の、再審事由を現実に了知することができなかった場合には338条1項但書は適用されないとの判示を「送達擬制の相対化に半歩踏み出したもの」ととらえ、さらに「送達擬制の相対化に半歩踏み出した以上、その送達擬制自体によって『前訴に関与する機会を与えられなかった』者の救済にも踏み込んでよいのではないか」とし、「理論としては、利害対立ある妻への補充送達に再審事由を見いだす解釈論を追求すべきであろう」とする。

27) この見解に対しては、不実の公示送達申立てにより確定判決を得た場合でも訴状の送達が有効である以上3号の再審事由に該当しないとする最判昭57年5月27日（前掲注(7)）を前提とすると、判例の立場としては訴状の送達を有効とする以上再審請求は認められないであろうとの指摘がある（井田宏「判批」判タ821号〔平成四年度主要民事判例解説〕212頁（平5）、同「判批」判タ882号〔平成六年度主要民事判例解説〕234頁（平7））。これに対し、中山「手続保障」・前掲注(23)121頁は、「従来のような手続上重大な『瑕疵』有る場合にのみ認められる再審という観念を改め、手続上は適法であっても実質上『手続関与の機会が全く与えられなかった場合』には代理権欠缺に準じて三号による再審を認めようという理解へと、概念枠組みを変換する必要」性を強調する。

察される。そもそも、理論的には、同居していなければ補充送達として無効、同居していれば（他の要件を満たしていることを前提とすれば）有効と、はっきりと判断できるはずである。本件では、「再審原告はAと同居しているとはいえない」としていることから、論理的には、この一事を以てAに対する補充送達は無効と割り切ることも可能であったはずである。それにもかかわらず、あえてAとYの事実上の利害相反関係に言及し補助的理由としてあげていることは、このような推察を裏付けるものではないだろうか。また、本件においては「実兄であるAは、弟である再審原告が住む一号室に自由に出入りし、電話の応対をしたり、郵便物を見たりすることができる状況にあった」との事実認定がされており、学説によれば、「世帯を異にするため、同居者にあたらない者であっても、これらの者に送達名宛人が印鑑を渡すなどの行為によって書留郵便物の受領権限を与えているような特別の関係があれば、同居者として補充送達を受ける適格を認めてさしつかえない」<sup>28)</sup>という見解が有力であることから、Aが日常的にYの「郵便物を見たりすることができる状況にあり」、それを黙認していたのであれば、そのような事実はむしろ、Aの送達受領権限を肯定する方向に働く要素と思われる。このような事実を摘示しながらも、結論においてはなお補充送達を無効としている点も、本件送達の効力の判断にあたりAとYとの事実上の利害相反関係が重視されたことをうかがわせるものである。

さらに言えば、「同居」しているか否かについては、常に外形上の客観的要素のみによって判定できるとは限らないのではないだろうか。もちろん、事案によっては単に事実上の問題として、建物の構造などのまさに「外形上の要素」のみにより判断が可能であり、またそれを以て足りる場合もあるだろう。しかし、これに加え、実際の生活状況（生活の独立性）、生計・世帯の同一性などの、必ずしも外部から明確ではない「内部的要素」をも勘案しなければ判断のつかない事案もあるだろう。そのような事案においては、これらの内部的要素を判断要素として取り込むことにつき、すでに判例・学説も承認しているところである。事実上の利害相反関係は送達の効

---

28) 齊藤ほか編・前掲注(5)210頁[齊藤・吉野]。兼子ほか・前掲注(5)440頁[竹下]、園尾編・前掲注(10)361頁[石田]も同旨。

力に影響を及ぼさないとする判例は、「送達機関が、送達を実施するに際し、送達名宛人と同居者との間の事実上の利害関係の有無を、外形から明瞭に判定することは極めて困難であり、そのように外形上客観的に明らかでない事情によって送達の効力が左右されるとすることは、手続の安定を著しく害する（前掲東京高判平6年5月30日）〔下線一筆者〕」とするが、同居の判断にあたり判断要素として取り込むことが認められているこれらの「内部的要素」も、少なくとも「送達を実施する際」には「外形から明瞭に判定することは困難」な要素である。これらの要素は、同居者か否かが問題となった場合に、事後的に判断要素として取り込まれるものであり、これらの要素を取り込んでなされる判断は、もはや形式的なものとはいえず、実質的な判断ということになる。つまり、同居者か否かの判断の局面においては、事後的に実質的評価をなすことが承認されているのである。そうであるとすれば、利害相反者に対する補充送達の効力についても、送達受領者が受送達者の相手方当事者であるかという外形的要素のみではなく、送達受領者と受送達者との間の事実上の利害関係、送達書類の交付がなされなかったことについての受送達者の責任などの内部的事情をも判断要素に組み込み、補充送達の制度趣旨に照らして実質的に判断すべきではないだろうか。

そして、これらの実質的判断は、送達の瑕疵が問題となった場合に、いわば事後的救済の局面でなされることになる。送達実施の段階で、これらの内部的事情についてまで常に配慮することを要求するのは現実的ではなく、また迅速な手続運営、原告の側の裁判を受ける権利の保障の障害となろう。したがって、送達の実施段階においては、補充送達の外形的要件のみを満たしてれば十分であり、以後適法に手続を進めることができるとするが<sup>29)</sup>、しかし、結果的に利害相反者による隠匿などの事情により受送達者に送達書類が届かなかった場合には、まさに手続保障の観点から、これら内部的な事情も判断要素に取り込んで送達の効力を実質的に判断すべきである<sup>30)</sup>と考える。

29) 公示送達に関するものであるが、三谷忠之『民事再審の法理』237頁(法律文化社、昭63)も、「公示送達は、単に以後の手続を適法に進めることができるにすぎない、ということしか意味しないのではなかろうか」と、このような観点を指摘する。

30) このような方向性を示すものとして、森・前掲注(23)、中山「手続保障」・前掲注(23)があり、私見をまとめるにあたり大きな示唆を得た。

## 4 上訴の追完と再審の補充性

### （1）問題の所在

再審の補充性（338条1項但書）の趣旨とするところは、再審の訴えが既判力を介在した法的安定性を揺るがす非常の不服申立方法であることから、当事者が上訴によって再審事由を主張できたときはそれによらせるべきで、その機会がありながらこれをしなかったり、すでに主張したが否定された場合にまで、再審の訴えを認める必要はないということにある。再審の補充性の適用範囲につき、前掲最判平4年9月10日は、「再審事由を現実的に了知することができなかった場合は同項但書にあたらない」とし、判決の送達が補充送達として有効になされ受送達者に到達したものと擬制される場合、すなわち送達の擬制により再審事由に該当する原判決の瑕疵を知ったものとみなされる場合についてはその適用はなく、再審の補充性による失権の基礎には現実の了知・現実の主張可能性を必要とするのと基本的立場を明らかにしている<sup>31)</sup>。

この最判平4年9月10日においては、判決正本の補充送達は有効であるとの前提のもと、補充送達により再審事由の了知が擬制される場合に再審の補充性の適用があるかが問題となったのに対し、本件においては判決正本の補充送達自体が無効とされており、判決の補充送達実施の時点においては再審事由についての「現実の了知」はもちろんのこと、「了知の擬制」も生じておらず、この点では事案を異にするといえる。本件において再審被告X社は、再審原告Yは、前訴確定判決に基づく強制執行により前訴判決の存在を知ったのであるから、その時点で上訴の追完をす

---

31) これについては、学説においても「本判決は、裁判を受ける権利を実効的に保障するため、失権の基礎には現実の了知・現実の主張可能性を必要とするのと基本的立場を宣言したものととして、大きな評価に値する」（中山幸二「同居者への訴状・判決の送達と再審の可否」NBL506号14頁，18頁（平4））、「安易に擬制を認めなかったことは、この局面において現実の手續保障が必要であることを認めたものととして、大いに評価してよいであろう」（森・前掲注(23)151頁）と、概ね肯定的に受け入れられている。これに対し、全く逆の方向から「判決の補充送達を受けた以上了知なくとも上訴が可能であったといって差し支えなく、むしろ理論的にはそう解すべき」とし、本判決については「了知はないけれども了知の可能性がある場合にも本件但書の適用を認めようという解釈論的努力をした結果と見ることができる」と評するものとして、井上薫「再審の補充性の程度」判タ797号12頁，16頁（平4）がある。

ることが可能であり、これをしないまま、約二年経過後に再審を提起することは、再審の補充性に反すると主張している。すなわち、本件においては、上訴期間経過後に再審事由を知り、これと並んで、上訴の追完も可能な場合に、上訴の追完をせずに再審の訴えを提起することは、再審の補充性との関係で許されるのかが問題となっているのである<sup>32)</sup>。

## (2) 上訴の追完と再審の機能分担

上訴の追完は、もっぱら判決後の当事者の責めに帰することができない上訴提起の障害を理由に、上訴期間の徒過にかかわらず上訴を許すものであり、その典型例としては、郵送した控訴状が地震や洪水などの不慮の天災により遅着した場合などがあげられる。これに対し再審は、判決の成立過程における手続や判断資料に重大な瑕疵があったことを理由とするものである。したがって、判決前の手続の瑕疵を理由とする場合には再審により、判決後の上訴提起の障害を理由とする場合には上訴の追完によるとの、一応の機能分担がなされている<sup>33)</sup>。このような機能分担を前提とすれば、判決前の訴状または期日呼出状の送達に瑕疵があり手続関与の機会が与えられぬまま判決がなされ確定した場合には再審を認め、判決成立までは手続関与の機会が十分にあったが判決の送達が補充送達により実施され判決の存在を了知することができなかった場合には上訴の追完を認めるとの振り分け<sup>34)</sup>が妥当であろう。

もっとも、上訴の追完が認められれば、形式的にはいったん確定した判決につき上級審において再度審理がおこなわれることとなり、また、再審事由の存在が認め

---

32) 中山「手続保障」・前掲注(23)124頁は、最判平4年9月10日につき、「右判示には、当然、上訴期間経過後に再審事由を知って上訴の追完をしなくとも再審を認めるという趣旨が含まれている」とし、また、三谷忠之「判批」判時1470号(判例評論418号)197頁、200頁(平5)も、「上訴の追完によらずに再審の訴えを提起した場合に、補充性の適用がない旨を明確に判示した」として、本件のような事案についても最判の射程内に含まれると捉えている。

33) 新堂幸司『新民事訴訟法』807頁(弘文堂、平10)、本間義信「公示送達と相手方の救済」民商93巻臨時増刊号(1)243頁、256頁(昭61)、兼子ほか・前掲注(5)1256頁[松浦馨]など。

34) 中山「送達と裁判(下)」・前掲注(18)26頁。また、公示送達との関係ではあるが、三谷忠之「公示送達と再審」香川8巻2号1頁、23頁(昭63)(以下、「公示送達」として引用する)もこのような振り分けを前提とするようである。



られ再審開始決定がなされた場合も確定判決につき本案審理が再開されることから、確定した判決について再度審理を行うことを可能とするという点に限れば、両者は共通の効果をもたらす。そのため、訴状等の送達が補充送達によりなされ、現実には被告に到達しなかったため、被告が訴訟係属の事実を知らないまま判決が確定してしまった場合の救済策としては、再審が認められる場合もあれば上訴の追完が認められる場合もあり、両者が併存しているというのが現状である。さらに、再審や上訴の追完以外にも、判決正本の送達に瑕疵がある場合には、判決が未確定であるとして上訴する方法<sup>35)</sup>や、受領者が送達書類を隠匿した場合につき、338条1項5号の再審事由ありとして再審の訴えを提起する方法<sup>36)</sup>などが判例上認められており、いかなる救済手段をとるべきか実務上の扱いは統一されておらず、個々の事案においてどの救済方法が許容されるか予想が困難な状況にある<sup>37)</sup>。

ところで、送達の瑕疵により手続関与の機会を与えられなかった当事者の救済策として上訴の追完と再審のいずれも認められるとするならば、再審の方が当事者にとってのメリットは大きいと考えられる。まず、申立期間についてみると、上訴の追完による場合は、上訴提起の障害が止んでから、すなわち、判決の存在を知って

35) 東京地判昭49年9月4日判タ315号284頁（前掲注(15)参照）、釧路地決昭61年10月17日判タ639号236頁、大阪高判平4年2月27日判タ793号268頁（前掲注(17)参照）など。

36) 妻が訴状等の送達書類を隠匿したため訴訟手続に関与する機会のないまま欠席判決により敗訴した被告のために、338条1項5号の事由を認めて再審を許容したものとして、最判昭47年4月28日（判タ277号142頁）がある。ただし、5号の再審事由による場合は、有罪確定判決を必要とするとの要件があり（338条2項）、また、342条により提訴期間の制限があることから、3号の再審事由によるよりも救済の余地が狭まることになる。

37) なお、付郵便送達の場合については、上訴の追完、再審、および、判決正本の付郵便送達に瑕疵がある場合に、判決未確定として上訴を認めることによる救済が考えられる。各救済方法の具体的事例における適用可能性については、中山幸二「郵便に付する送達制度の問題点」神奈22巻3号43頁、76頁以下(昭62)、判例の状況につき、同「送達と裁判（下）」・前掲注(18)27頁以下参照。

また、公示送達により、訴訟係属・判決の送達につき不知のまま判決が確定した被告の救済方法につき、判例は上訴の追完は認めているが（最判昭42年2月24日民集21巻209頁）、再審については否定的である（最判昭57年5月27日・前掲注(7)）。これに対し、学説上は、三谷「公示送達」・前掲注(34)は、再審を認めるべきとし、本間・前掲注(33)は、上訴の追完は判決が当事者に有効に送達された後に、控訴を妨げる事情が当事者に生じたときに問題になるものであり、338条1項3号の適用を考えるのが本来の筋ではあるとしつつ、受送達者救済のための便宜的解釈として追完による救済も認めるとする。これに対し、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』393頁（有斐閣、昭63）は、公示送達については受送達者が「不変期間内に訴訟係属、判決の存在を知ることはほとんどありえないであろうことも当初からそもそも折込みずみ」であるとして、受送達者の救済については、公示送達の申立人に悪意があった場合などに限定して考慮する。

から一週間以内に申し立てなければならないのに対し(97条)、再審の出訴期間は原則として30日とされており(342条1項)、さらに代理権欠缺を理由とする場合には出訴期間の制限がない(同条3項)。通常の訴訟手続においてさえ二週間の上訴期間が保障されているのに、上訴の追完による場合は、訴訟係属の事実すら知らなかった者に判決の存在を知った日から一週間以内に追完の申立てをすることを要求することになる<sup>38)</sup>。現実的な救済方法として考えた場合、上訴の追完による場合はほとんど準備をする間もなく申し立てなければならないのに対し、再審による場合は十分準備をした上で申し立てをすることが可能となり、その差は大きいといえる。つぎに、審級の利益についても、再審の場合は原審(第一審)で審理が再開されるので第一審の審理を受ける機会が保障されるが、上訴の追完の場合、追完が認められたとしてもそれによって開始されるのは上訴審(控訴審)の手続であり、被告は第一審の審理を受けることができなくなる<sup>39)</sup>。また、この場合に被告の審級の利益を保障しようとするれば、いったん控訴審に移審した上で、任意的差戻し(308条)により原審に差し戻すという迂遠な方法をとらなければならず、再審の方が直裁的である。その他、手数料についても再審の方が安いとの指摘もある<sup>40)</sup>。したがって、以上の諸点を考慮すると、一般的には再審の方が当事者にとって有利であり、救済策としては望ましいといえる。

### (3) 上訴の追完と再審の補充性

それでは、原判決の訴訟手続に再審事由に該当する瑕疵が存在し、再審により救

---

38) この点につき、高橋・前掲注(24)151頁は、「一週間という期間制限は、交通の途絶という本来の上訴追完には適当であるものの、訴訟係属を知らなかった被告が自己の置かれた法的状況を理解するための時間としては酷というべき」とし、また、中山「手続保障」・前掲注(23)128頁も「今まで訴訟の存在を知らなかった者が、判決の存在を知って一週間という短期間で適切な法的行動をとることは、期待可能性の限界を超える」と指摘する。

39) ただし、第一審手続に関与する利益については、付郵便送達 of 瑕疵により第一審手続を受けることができなかったことによる精神的損害を理由に損害賠償を求めた事件(注(18)で紹介した損害賠償請求訴訟の最高裁判決)における反対意見ではあるが、「訴訟手続における当事者の権利は、これをわが国の裁判制度の三審制のもとで考えた場合、当事者がたとえ第一審の手続に事実上関与する機会を与えられなかったとしても、上訴の機会があり上級審の手続を進行することが可能であったならば、その段階で攻撃防御を尽くすことができ、当事者の手続関与の要請は満たされたことになる」(前掲最判平10年9月10日：藤井正雄判事の反対意見)との見解もある。

40) 本間・前掲注(33)257頁、高橋・前掲注(24)150頁。

済を求めることも可能だが、これを追完事由として上訴の追完をなすことも可能な場合には、救済方法の選択は当事者に任されていると考えてよいのだろうか。あるいは、上訴の追完が可能であるならもっぱらそれによるべきであり、これをしなかったら再審の補充性により再審の訴えは認められないということになるのだろうか。条文の解釈論としていえば、338条1項但書の「控訴若しくは上告」が上訴の追完を含むかという問題となる。

この問題について扱う判例は多くはないが、東京高判平5年3月3日（判時1456号101頁）<sup>41)</sup>は、「上訴の追完ができたことをもって同項ただし書〔338条1項但書―筆者註〕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のは明らかに相当でないと考えられるからである」として、上訴の追完については再審の補充性の適用はなく、救済方法として上訴の追完と再審の双方が可能な場合には、当事者の意思において自由に選択できることを正面から認めている。また、最判昭39年6月26日（民集18巻5号901頁）は、追完の申立てをした時点で追完事由とは別の再審事由の存在を知っていたにもかかわらず主張しなかった場合、あらためて当該再審事由を理由として再審の申立てをすることは再審の補充性に反するかが争われた事件であるが、これにつき、「民訴420条〔現行338条―筆者註〕1項但書後段に『知リテ主張セサリシトキ』とは、その法意にかんがみ、前訴訟において上訴審による判断を受け得る時期に再審事由を知つたにもかかわらず、これを主張しなかった場合をいうものと解するを相当とする」として、上訴期間徒過後に再審事由を知った場合には上訴の追完によってこれを主張しなくとも再審の補充性に反するものではない旨判示する。前記東京高判平5年3月3日と同様、上訴の追完については再審の補充性の適用はないという立場と解される。

41) 本件は、注(18)で紹介した損害賠償請求訴訟の控訴審判決である。本判決に対する上告審である最判平10年9月10日（前掲注(18)）においては、原判決には再審事由そのものが存在しないとされ、本判決で示された上訴の追完と再審の補充性に関する論点についての判断は示されていない。

学説においては、追完が許される場合は再審を否定し、追完の可能性が無くこれを否定すべきときは再審を許すとの見解<sup>42)</sup>もあるが、上訴の追完については再審の補充性の適用はなく、当事者において救済方法を選択できるとする見解が有力なようである。もっとも、その理由付けは論者によって若干異なり、本件のような場合には再審事由と追完事由が併存するものとし、「手続全体からすれば軽微な障害による追完事由の存在が、より重大な手続上の瑕疵による再審事由の主張を制限」するのは本末転倒であるとして、両救済方法の選択を認める見解<sup>43)</sup>と、上訴の追完と再審の機能分担を前提に、判決の送達の前から当事者が訴訟の係属を知る機会がなかった場合の本来的な救済方法は再審としつつ、上訴の追完も便宜的に認められるとし<sup>44)</sup>、再審の訴えによって主張すべき事由を追完事由として主張してもよいというに過ぎないのであるから、上訴の追完をしなかったとしても補充性の対象とならないとする見解<sup>45)</sup>がある。本件再審原告は、「上訴の追完は、判決後の上訴提起の障害を理由として行われるもの」であり、「判決前の手続には瑕疵が無く、当事者が訴訟遂行の機会が与えられたことが前提」とした上で、本件においては「判決前に本件前訴の訴訟手続が再審の瑕疵を帯びている」ことを理由に補充性の適用がないと主張しており、機能分担を前提とする後者の見解に依拠するもののようである。

前者が、再審事由と追完事由が併存しうることを前提に、救済方法の選択を正面から認めるのに対し、後者は、判決前の手続に瑕疵がある場合には再審により、判決後に上訴提起の障害があるときは上訴の追完によることを機能分担を前提にしつつ、再審によるべき場合であっても「便宜的」に上訴の追完による救済を認めるものといえる。

そうすると、後者の見解は、再審事由と追完事由が併存する場合についてはどの

---

42) 菊井維大＝村松俊夫『民事訴訟法Ⅱ』755頁(昭39)。

43) 中山「送達と裁判(下)」・前掲注(18)31頁。同旨、豊田健「判批」法研39巻7号130頁(昭41)、高木・前掲注(18)527-528頁。

44) 「当事者が上訴の追完により代理権の欠缺を主張して、原判決の取消しを求めることも、同じ手続内で紛争を解決するという意味では、訴訟経済にもなりあえて否定することもない」との考慮による(三谷・前掲注(32)200頁)。

45) 三谷・前掲注(32)200頁。なお、本間・前掲注(33)も、公示送達を念頭において論ずるものではあるが、再審による救済を本筋としつつ、受送達者救済のための便宜的解釈として上訴の追完も認められるとする。

ように考えるのであろうか。あるいは、再審と上訴の追完は常に機能分担がなされ、両救済方法が併存することは理論的にはありえないとの前提に立つのであろうか。もちろん、再審と追完は要件が異なるのであるから、常に両者が併存するわけではないが、判決前の手続に再審事由となる瑕疵があり、かつ、受送達者の責めに帰することができない上訴提起の障害（追完事由）も存在するケースもあるのではないだろうか。本件の事例がまさにこれあたると思われる<sup>46)</sup>。後者の立場からこのような場合にも再審の補充性の適用がないことを説明しようとすれば、訴状送達の瑕疵により手続に関与する機会が与えられなかったという再審事由の存在により、判決正本の送達が有効に行われなかったため上訴期間内に上訴を提起することができなかったという事由（この事由は単独としては追完事由となろう）は、再審事由に吸収される、あるいは、追完事由としては成立しなくなると構成するしかないのではなかろうか。そうであるならばむしろ、再審事由と追完事由が併存しうることを前提に、救済方法として再審と上訴の追完のいずれを主張するかは当事者の選択に委ねることを正面から認める前者の説明の方が無理がないと思われる。

したがって、上訴の追完については再審の補充性の対象にならず、受送達者において救済方法を選択できるとし、補充性の適用がない理由は、再審事由に比すれば比較的軽微な要件で認められる追完事由があるが故に、上訴の追完よりも申立期間や審級の利益などの点で一般的に有利とみられる再審という救済方法が排斥されるというのでは、再審原告の立場を不当に制限することになるという点に求めるのが妥当であると考ええる。

#### （４）本決定の検討

本決定は、本件に再審の補充性の適用がないとの結論を導くにあたり、まず主たる理由として、338条1項但書の法意からみて「前訴の判決手続は有効に行われた判決手続」であることがその適用の前提とされているとし、本件では再審原告は訴

---

46) 本件は、訴状の有効な送達がなく訴訟に関与する機会が与えられなかったという再審事由が存在し、また、判決正本も有効に送達されておらず、受送達者の責に帰すことのできない事由により上訴期間を遵守することができなかったという追完事由もあると考えられるため、まさに、再審事由と追完事由が併存するケースにあたると考えられる。

訟係属自体知らなかったのであるから、「民訴法338条1項但書はこのような場合を予定しているとは思われない」とする。つまり、本件前訴は有効に行われた判決手続ではなく（＝再審原告が訴訟係属自体知らず手続関与の機会が与えられていなかった）、そのような場合には再審の補充性の適用はないとしている。次いで、補充的な理由として、上訴の追完しか許されないとすると、(1)再審原告は一審の裁判を受ける権利を失ってしまう、(2)控訴期間も一週間と短縮される、(3)上訴の追完はそれまで行われた判決手続を有効なものとする行為であり、これによった場合には一審判決を有効なものとして受認せざるを得なくなることをあげ、このような結果は、前訴に関与できなかった再審原告の立場を不当に制限するものであり相当でないとする。また、救済方法の選択については、再審原告において自由に選択することができ、上訴の追完の方法を選択しなかった場合であっても、再審の補充性の適用はないことを明確に認めている。

救済方法の選択を再審原告の自由とする点、および、本件においては補充性の適用がないとの結論については賛同するが、その理由付けの前段部分（主たる理由付けの部分）については疑問がある。

まず、民訴法338条1項但書は前訴の判決手続が有効に行われたことを前提としているとするが、本決定が説示する「民訴法338条1項但書の法意」からは、そのような前提が存在することは明らかではない。これを理由に本件においては補充性の適用がないとするのであれば、その論拠を明確に示すべきであろう。また、仮にそのような前提が存在することを認めるにしても、「再審原告は、訴訟の係属を知らなかった」場合が「有効に行われた判決手続」にあたらないとするだけでは、訴状等の送達に瑕疵があり被告とされた者が訴訟係属の事実を知らず手続関与の機会が与えられていなかった場合には、338条1項但書の適用はないとする趣旨にもとれる<sup>47)</sup>。しかし、訴状が有効に送達されず手続関与の機会が与えられていなかった場

47) 沿革的には、明治23年民訴法（旧々民訴法）においては、再審の訴えを、取消しの訴えと（旧々民訴法468条）と原状回復の訴え（旧々民訴法469条）に区別しており、前者の取消事由とされていた代理権欠缺（旧々民訴法468条1項4号）については、補充性の適用がないものとされていたが（同条2項）、大正15年の改正に際して、取消しの訴えと原状回復の訴えの区別が廃止され、旧民訴法420条1項に再審の訴えとして一括規定されたことに伴い、全ての再審事由について補充性を認めることとされた。再審規定の沿革については、三谷・前掲注(29)16頁以下参照。

合であっても、判決正本が有効に送達され再審事由の存在を現実に了知することができた場合には、上訴により争うべきであり、これをしないまま漫然と上訴期間を徒過し判決が確定したような場合には、再審の補充性によりもはや再審の訴えを提起することは許されない、つまり338条1項但書の適用があると解すべきであろう。したがって、前訴が「有効に行われた判決手続」でない場合には補充性の適用がないとするだけでは範囲が広すぎるため、本件に則していえば、上訴期間内に再審事由を現実に了知できなかったなど、補充性の適用除外となる要件を今少し絞り込むべきであろう。

あるいは、かなり苦しい解釈ではあるが、「ここで前提にしている前訴の判決手続は有効に行われた判決手続」という部分は、「（上訴の追完は、）判決前の手続には瑕疵が無く、当事者が訴訟遂行の機会が与えられたことを前提とする救済方法」であるとの原告の主張を受けたものであり、上記の「ここで」とは、「338条1項但書」を指すのではなく、「上訴の追完」を指すものと解すれば、上訴の追完は判決前の手続に瑕疵がない場合の救済方法であるから、本件のように判決前の手続に瑕疵がある場合は、もともと上訴の追完は認められないのであり、それをしなかったからといって民訴法338条1項但書は適用されないとする趣旨にとれないこともない。このように解することができるのであれば、一応筋は通るが、先にも述べたように私見としては、再審と上訴の追完の選択を理論的にも正面から認め、補充性の適用がない理由は、比較的軽微な追完事由があるが故に再審という有利な救済方法が排斥されるというのでは、再審原告の立場を不当に制限することになるという点（本決定では、補充的理由として述べられている点）に求めるべきであると考え

## 5 まとめにかえて

訴状等の送達の瑕疵と再審事由との関係については、本件においても、受送達という訴訟行為に関する法定代理権の欠缺という技巧的構成をとらず、送達の瑕疵により手続関与の機会が保障されなかったことをもって端的に3号の再審事由の存在を導く最判平4年9月10日の基準が踏襲されており、再審被告もこれについてはも

はや争うともしなかったことからみて、実務上この判例理論が当然の前提として受け入れられていることがうかがわれる。したがって、本件において再審事由の存在が認められるかのポイントとなったのは、実兄Aに交付してなされた補充送達の効力をどうみるかという点であった。補充送達の効力が無効であれば、あとは上記基準に照らして自動的に再審事由の存在が認定されるからである。これにつき、本件では建物の外観上の構造などからAはYの「同居者」にはあたらないことを主たる理由として送達の効力を否定しているが、その背後には、事実上の利害相反関係にあるAに送達書類を交付してもYに到達することが期待できないとの実質的考慮が色濃くにじんでいる点はすでに指摘したとおりである。もっとも、事実上の利害相反者の送達受領権限については判例上も見解が分かれており、とくに最近ではこれを黙示的ながらも肯定する流れにあることから、この点については正面から打ち出すことなく、判例上も受け入れられやすい無難な理由付けとして「同居者」にあたらないということを主たる理由に掲げたものと推察される。したがって、以上のような理解のもと、この部分の判示については肯定的に受けとめたい。

つぎに、本件における二つ目のポイントとして、上訴の追完が可能である場合にこれをしないで再審の訴えを提起することは、再審の補充性に反するかという点が争われている。この問題については裁判例も少ないところであるが、本決定は、上訴の追完によるか否かは当事者の自由であり、これをしなかったからといって再審の補充性に反するものではないとしており、この結論については異論はないが、先に指摘したように、今少し明確な論拠が示されたいところであった。

ところで、本件においては、たまたま外形的要素から実兄Aを「同居者」ではないと認定することが可能であったため、補充送達の効力を否定し再審による救済を認めることができた。しかし、もしAとYが同室で共同生活を営んでおり、外形的要素からは「同居者」とみるしかないとしたら、どうなっていたのであろうか。その場合には形式的に割り切り、要件を充たしているとして送達の効力を認めるとするならば、現在の判例理論を前提とする限り、再審による救済を認めることは困難であり、上訴の追完が認められるにとどまるものと思われる<sup>48)</sup>。救済方法としては、申立期間、審級の利益などの点で再審による救済の方がメリットが大きいことに鑑みると、事実上利害対立関係にある者が送達書類を受領し隠匿したため受送達者は



訴訟係属の事実を知ることができずそのまま判決がなされ確定したという実質的な状況は変わらないにもかかわらず、外形的・形式的要素から「同居」しているとみられることをもって、再審による救済の道を閉ざすことは不合理に思われる。

それでは、このような場合に再審による救済を認めるには、どのような構成があるだろうか。一つは、補充送達の形式的要件を充たしている場合であっても、その効力の判断にあたっては、事実上の利害対立状況といった内部的事情も判断要素に取り込み、補充送達制度の前提（受送達者本人に送達書類が伝達される期待）を欠く場合には送達の効力自体を否定することにより、再審による救済を認めるという構成である。いま一つは、送達の有効性と手続保障の実質的評価を切り離し、形式的要件が充たされれば送達自体は有効としつつ、実質的に手続関与の機会が与えられなかった場合には、事後的に、代理権欠缺に準じて338条1項3号の再審を認めるという構成である<sup>48)</sup>。後者は、憲法上の裁判を受ける権利を基礎に、実質的手続保障を重視する観点から、「手続上重大な瑕疵がある場合にのみ認められる再審という観念」の見直しを迫るものであり<sup>49)</sup>、より本質的な面から再審による救済を認めようとするものといえるが、現在の判例状況からみると、解釈論としては前者の構成の方が裁判実務においては受け入れられやすいと思われる。いずれにせよ、事実上の利害相反者への補充送達の事案においても、上訴の追完による救済をもってよしとするのではなく、再審による救済を認める方向で議論を展開すべきであろう。

---

48) 前掲最判平成4年9月10日も、あくまでも、訴状の送達が有効になされなかったことを前提に338条1項3号の再審事由を認めるにとどまるものである。そして、不実の申立てに基づく公示送達に関するものであるが、訴状の送達の効力が有効と解される場合には、たとえ被告欠席のまま判決がなされ確定した場合であっても再審事由にはあたらず、被告の救済は上訴の追完によつてするのが最高裁の判例である（前掲注(7)・(37)参照）。ただし、学説においては、このような場合においても再審による救済を認めるべきとする見解が有力に主張されている。たとえば、中山「手続保障」・前掲注(23)は、憲法上の裁判を受ける権利の保障という観点から救済の必要性を説き、訴状以下の送達に瑕疵がある場合には、訴訟係属という概念を媒介に判決無効を、手続上は適法であっても実質上「手続関与の機会が全く与えられなかった場合」については、他の救済策との併用を許容しつつ第一義的には代理権欠缺に準じて再審（3号）による救済を認めることを主張する。また、三谷忠之「判批」判時1452号（判例評論412号）204頁、208頁(平5)も、最判平4年9月10日の評釈において、「最高裁が、本件判決の趣旨をさらに進めて、訴状の送達が公示送達や補充送達、付郵便送達によって有効であった場合にも、再審事由を肯定しうることがあることを認めることを希望してやまない」とする。

49) 中山「手続保障」・前掲注(23)、森・前掲注(23)が、提唱するところである。

50) 中山「手続保障」・前掲注(23)121頁。