

原告の申立てによってなされた公示送達の効力

【文 献 種 別】 判決／名古屋高等裁判所
【裁判年月日】 平成 27 年 7 月 30 日
【事 件 番 号】 平成 27 年（ネ）第 227 号
【事 件 名】 債務不存在確認等請求控訴事件
【裁 判 結 果】 取消し（差戻し）
【参 照 法 令】 民事訴訟法 110 条
【掲 載 誌】 判時 2276 号 38 頁

LEX/DB 文献番号 25447599

事実の概要

1 本件は、弁護士である被控訴人・原告である X が控訴人・被告である Y に対して提起した弁護士報酬返還義務不存在確認訴訟等において X の申立てによりなされた訴状等の公示送達の効力が問題となった事案である。裁判所の認定事実によると、事件は以下のような経過をたどった。

2 平成 24 年 1 月、X は、本件とは別件訴訟事件につき Y から訴訟委任を受け、着手金等 42 万円を受け取った。X は、Y を原告、A を被告とし、損害賠償を求める反訴を提起したが、後に X は代理人を辞任し、A と Y との間では A が Y に 100 万円を支払う旨の訴訟上の和解が成立した。その後、X は Y との間で別件訴訟事件の着手金等の返還をめぐる争いとなり、B 県弁護士会に紛議調停を申し立てた。X は Y との間で、Y が X に別件訴訟事件の報酬として 10 万円を支払い、X が紛議調停の申立てを取り下げることなどを合意した。

X は同年 3 月、Y から別件訴訟事件の和解の効力を争うために改めて訴訟委任を受け、費用として 5 万円を受領した。X は同事件の受訴裁判所に対して口頭弁論期日の指定を求める申立てをしたが、同裁判所は、別件訴訟事件は和解の成立により終了した旨の判決をした。X は Y から控訴の提起・訴訟追行の委任を受け、さらに着手金として 14 万 5 千円を受領し、名古屋高等裁判所に對し控訴を提起した。しかし、同裁判所は、平成 26 年 1 月 31 日、控訴を棄却する旨の判決をした。

3 Y は、別件訴訟事件を X に訴訟委任する前から旧住所に居住し（X は Y からこのことを聞いていた）、平成 25 年 7 月頃までに旧住所から新住所に転居したが、電話は従前どおりの番号を使用し、

同月末頃、郵便約款の定めに従い平成 26 年 7 月 30 日までの間、旧住所宛での郵便物の現住所への転送届を提出した。X が同月 24 日に旧住所宛てに発送した暑中見舞いのはがきは Y に転送された（なお、Y は、現在まで住民基本台帳法に基づく転居届をしておらず、住民票上には住所として旧住所が記載されている）。

Y は、平成 26 年 7 月 9 日、B 県弁護士会に對し、別件訴訟事件において Y が X に支払った着手金等 72 万 5 千円を返してほしいとの苦情を申し入れ、同弁護士会は X に對しその旨をファックスし、X はこれを受信した（そこには Y の氏名、旧住所及び電話番号が記載されていた）。

4 X は、平成 26 年 7 月 23 日、名古屋地方裁判所に本件訴えを提起した。

5 Y は、平成 26 年 7 月 24 日、ファックスを使用して X の事務所に文書を送信し（同文書にはファックス番号の記載あり）、翌々日の 25 日にかけて X と Y との間で複数回ファックスのやり取りがなされた。

6 本件の受訴裁判所の書記官は、平成 26 年 8 月 5 日、期日呼出状、本件訴状副本、前記 3 のファックス文書を含む書証写し等を、Y の住民票上の住所である旧住所に宛てて郵便による送達をした。しかし、上記書面等は宛所に尋ねあたらないう理由で還付され、同書記官はその旨を X に通知した。これを受けた X は、同月 15 日、同書記官に對し、旧住所の共同住宅を訪問したところ、表札等はなく、同共同住宅の所有者に問い合わせたところ、Y は家賃を滞納し、転居先を告げないまま平成 25 年中に転居したとの回答を得たなどとして、公示送達を申し立てた。

7 平成 26 年 10 月 3 日、同書記官は上記申

立てに基づき、本件訴状副本等を公示送達した。同年 10 月 31 日、受訴裁判所は、本件各請求をいずれも理由があるとして認容する判決を民事訴訟法 254 条 1 項 2 号の方式で言い渡した。同書記官は、同日、調書の正本につき、公示送達の方法として掲示した。

8 Y は、平成 27 年 2 月 18 日、名古屋地方裁判所に控訴を提起した（なお、Y は前記判決に基づく債権差押命令正本の送達転送が奏功したことにより、本件訴えの存在を知ったようである）。

判決の要旨

「(2) しかし、上記 1 の認定事実によれば、被控訴人は、控訴人の職業や事務所を聞いていた上、別件訴訟事件が終了した後も、別件訴訟事件における訴訟活動をめぐって控訴人との間で紛争をかかえ、控訴人が平成 26 年 7 月に愛知県弁護士会に苦情を申し立てた際には、同弁護士会からの連絡文書により、本件電話番号を知らされたほか、本件訴え提起の直後である同月 24 日頃から同月 25 日にかけて、本件ファックス番号を使用して控訴人と文書でやり取りしていたのであるから、上記事務所に赴いてその所在地等を調べたり、上記電話番号に架電又は本件ファックス番号に宛てて文書を送信して控訴人と連絡をとり、現在の住所を問い質したりすることは容易にできたと考えられ、仮に、控訴人が現在の住所を明らかにしなかったとしても、弁護士法 23 条の 2 所定の照会申出をして自らこれを調査し、民事訴訟法 186 条の調査嘱託の申立てをして裁判所に調査を求めることができたと考えられる。また、被控訴人は、本件訴え提起の頃に控訴人宛てに発送した暑中見舞いのはがきの還付を受けていないのであるから、公示送達申立ての時点において、上記のはがきが転送された可能性が高いことを容易に推測できたと考えられるが、同申立ての際にこのことを裁判所に申し出ていない。

(3) 本件における公示送達の申立ては、上記のようにその前段階に取るべき種々の調査手段があったにもかかわらず、これらを一切経ることなくされたものであり、民事訴訟法 110 条 1 項 1 号の要件を満たしたものとはおよそ認めることができない。

また、これを受けた受訴裁判所の書記官は、本

件電話番号や本件ファックス番号が記載された書証が提出されているにもかかわらず、被控訴人がこれらについて全く言及しないまま公示送達の申立てをしているのであるから、上記番号から控訴人の現住所を探索できないか否かを被控訴人に質すか、又は自ら探索を試みるべきであったと考えられるが、これらの措置が取られた形跡はない。

したがって、本件における公示送達は、その要件を満たさない申立てに基づき、しかも要件の有無を十分に調査せずにされたものであって、無効というほかない。」

判例の解説

一 本判決の意義

本判決は、原告の申立てに基づき裁判所書記官が行った公示送達が、110 条 1 項 1 号の要件を欠くとして違法・無効とされたものであり、現行法下における公示送達の効力の判断に新たな一事例を加えた点に意義がある。

送達は、当事者（とくに受送達者）の手續保障の観点から重要であり、それは本人に直接交付される方法が最も望ましい。しかし、直接交付に方法を限定すると、送達を実施する当事者が受ける不利益も大きくなる。そこで、法は複数の送達方法を認めた。公示送達（民訴 110 条以下）もその延長線上に位置づけられ、他の方法により送達ができないときに当事者の権利が保護されないことを避けるための最終手段である。

公示送達が行われるとその内容が裁判所の掲示場に掲示され（111 条）、一定期間の経過により効力が生じるが（112 条）、受送達者がその内容を知ることとはほぼあり得ない。そこで受送達者が受ける不利益を考慮して、公示送達を認めるかどうかの判断は慎重な判断が求められる。要件の存在は疎明ではなく証明が必要であり¹⁾、職権調査事項である。

二 公示送達の要件を欠く送達の効力

旧法における申立てによる公示送達は、現行法とは異なり裁判長の許可が必要とされていた（旧民訴法 178 条 1 項）。そのため、要件を欠く公示送達も、裁判長の許可なくされた場合は別として、有効とするのが通説であった²⁾。これは、裁判に当然無効はないとの考えに基づくものと考えられ

る³⁾。他方、裁判長の許可なく実施される商標登録取消審判の公示送達につき、判例はその要件を欠く公示送達は当然に無効としていた（最判昭56・3・27判時1001号38頁）。

この点、現行法は裁判長の許可を不要とし、公示送達を全面的に裁判所書記官の権限とした（110条1項柱書）。要件の存否の判断がかなりの程度定型化されていること、書記官権限とされる執行文の付与における事実の到来（民執法27条）等の判断と比べて複雑・困難とはいえないことに基づく⁴⁾。このような制度変更を受け、現行法の解釈としては、要件を欠く公示送達は無効であるとの理解が支配的になった⁵⁾。

三 公示送達の要件の審査

では、110条1項1号の要件を欠く送達が無効であるとする、1. それはどのような場合で、2. 要件を欠く申立てを受けた裁判所書記官はどのように対処するのか。

1 民訴法110条1項1号の意義と審査

「当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れない場合」とは、単に申立人である相手方が主観的に知らないというだけでなく、当該具体的な事情の下で通常期待される手段を尽くして探索したがわからない場合を指す⁶⁾。申立人の主観的な判断だけで要件を肯定すると受送達者の不利益も大きくなり、安易な申立てにもつながりかねないからである。申立人はこの要件の存在を証明しなければならない。ただ、その点につき何人もわからないという程度の証明を要求すると、公示送達はほぼ不可能になるから、そのような考え方をとることも難しい。実務上、要件の判断にあたり、①受送達者の最後の住所等の場所はどこか、②最後の住所等に受送達者が居住していない（存在していない）、③受送達者の就業場所がない（判明しない）という3つの観点からの証明資料の提出が必要とされる⁷⁾。一般に受送達者が自然人の場合、①は住民基本台帳法による住民票、戸籍附票謄本などから、②、③は当事者作成の調査報告書、近隣者の所在不明証明書等を用いて認定されるが⁸⁾、その判断はどの資料があれば確実に認定できるといった簡単なものでもなく、事案に応じた対応が必要とされる。本件もそうであるが、例えば、①の判断にあたり、住民票の記載をもって最後の住所と即断することはできないであろう。

2 担当裁判所書記官の措置

手続の適正な実施の観点から裁判所書記官は申立人が提出した証明資料や調査報告書等を参考にしつつ、職権で調査を行う。仮に申立人が提出した資料等から要件の存在を確信できない場合は、申立人にさらなる資料等の提出を求め、また、必要に応じ、調査嘱託（186条）などの措置をとって調査することもできる。最終的に要件を欠くとの結論に至れば、公示送達は実施されない。

なお、調査の程度については、裁判所書記官が実施した送達の違法を原因とする国家賠償請求が認められるかに関連して以下2つの考え方が示されている。1つは、裁判所書記官は公示送達の要件の存在及び調査の要否・方法等につき、自己の裁量に基づき判断する権限をもつとの理解である（強制競売開始決定正本の公示送達につき、名古屋高判平20・11・27判タ1301号291頁参照）。同じく裁判所書記官の権限とされる付郵便送達の要件である就業場所の不判明の調査につき、判例（最判平10・9・10判時1661号81頁①事件）も同様の理解を明らかにする。これによれば、裁量権の範囲の逸脱、それに基づく判断が合理性を欠く場合に送達は違法・無効とされる。裁判例は裁量に委ねられる理由を詳述していないが、その背景には、書記官に高度の調査を要求すると大量に発生する送達事務に支障が生じることへの懸念が存在するものと推測される⁹⁾。もう1つの見解は、直ちに書記官の手続裁量に委ねることに疑問を呈し、一般的な過失論の枠組みの中で書記官の職務上必要とされる注意義務の範囲を探索する¹⁰⁾。

四 公示送達を無効とした裁判例と本判決の評価

1 過去の裁判例

現行法の下、調査の不尽に言及して送達を無効とした裁判例に、①東京高判平21・1・22（判時2052号51頁）、②大阪地判平21・2・27（判タ1302号286頁）、③札幌高判平25・11・28（判タ1420号107頁）がある（このうち①、③は受送達者が法人、②は自然人のケースである）。①は、百貨店内にある被告の商品販売コーナーの存在を申立人、書記官ともに認識しながら、同コーナーが民訴法103条1項の営業所にあたるのが調査されずに訴状・判決正本の公示送達がなされた。②は訴状記載の住所地宛での送達が不奏功、公示送

達がなされたが、申立人調査時に同住所地の郵便受けに被告名字の記載があった、郵便受けに郵便物が入っていたなどの事情の下、書記官が申立人に促して執行官送達を実施するなどの措置がとられていないことを指摘する。そして、③は本店所在地ならびに代表者の住民票上の住所地への送達が不奏功、公示送達となったが、申立人の提出した調査報告書の内容及び送達不能の理由が受送達者不在であったなどの事情からなお調査が尽くされていないと結論づけた（①②③ともに原判決取消差戻し）。いずれも具体的な事情の下での調査の在り方を指摘したものである。

2 本判決の評価

では、以上の理解をふまえ、本件はどのように評価されるか。まず、Xの申立てから見る。本件の事実関係の特徴として、XがYの電話番号、ファックス番号を知っていたこと、さらにXが提訴直後にYとの間でファックスのやり取りをしていた事実をあげることができる。住民票記載の住所地への送達が不奏功に終わったとの書記官からの通知を受けたXは、同地における第三者に対する聞き取り調査などの結果から、Y転居の可能性を認識した。しかし、その後、XはYへの電話・ファックス等を利用した転居先の調査を実施していない。このような具体的な事情からすれば、Xの調査は通常期待される手段を尽くしたとはいえず、申立ては要件を欠いていたと評価せざるを得ないであろう。ただ、通常、公示送達が問題となるケースで、上述のような事情が存在することは極めて稀であり、本件はやや特殊な事案と思われる。次に、裁判所書記官の対応であるが、申立てが要件を欠くと理解される以上、書記官が申立人に追加の調査や証明資料の提出を促し、あるいは、自ら探索するなどによって調査が尽くされなければ結論が変わることはない。本件では、そのような措置がとられていないのであり（結論として申立人による証明がない）、公示送達は無効との結論は当然の結果となろう。

なお、判示はYの電話番号・ファックス番号が記載された書証が提出されていた事実に重きをおき、そのような事実関係の下での裁判所書記官の対応の不備を指摘する。一般に公示送達の実施にあたっては慎重な審査が行われていると思うが、本件は要件の審査に最終的な責任をもつ裁判所書記官に対し、具体的な事案に即したより慎重な対

応を促すものといえよう。

五 無効な公示送達に対する救済方法

このような事案でYのとり得る手段は何か。本件でYは判決正本の公示送達から約4カ月経過後に控訴を提起した。裁判所は、送達の無効を理由に控訴期間は進行していないとし、Yの控訴を適法と認め、事件を差し戻した¹¹⁾。訴状の送達も無効で第一審の審理が実質的に存在しないから、Yの審級の利益を考えると適切な措置と考えられる。なお、控訴以外の可能性として控訴の追完や再審が考えられる。また、訴状の送達が無効ならば訴訟係属がなく判決も内容上無効であることを理由に第一審手続の再開を求める申立ての可能性も示されている¹²⁾。

●——注

- 1) 秋山=伊藤ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社、2006年）417頁、伊藤真『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）244頁ほか。
 - 2) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』（西井書店、1965年）190頁、菊井=村松『全訂民事訴訟法Ⅰ〔第3版〕』（日本評論社、1984年）973頁。
 - 3) 山本弘「送達の瑕疵と民訴法338条1項3号に関する最近の最高裁判例の検討」『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、2009年）532頁。
 - 4) 法務省民事局参事官室編『一問一答民事訴訟法』（商事法務研究会、1996年）118頁。
 - 5) 中野貞一郎『解説新民事訴訟法』（有斐閣、1997年）23頁、秋山=伊藤ほか・前掲注1）420頁ほか。
 - 6) 兼子=松浦ほか『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011年）498頁〔竹下守夫=上原敏夫執筆部分〕。園尾隆司編『注解民事訴訟法Ⅱ』（青林書院、2000年）396頁〔伊藤剛執筆部分〕もほぼ同旨と思われる。
 - 7) 裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟関係書類の送達実務の研究〔新訂〕』（司法協会、2006年）183頁ほか参照。
 - 8) 証明資料の例については、前掲注7）184頁を参照。
 - 9) 山本和彦・リマックス20号（2000年）126頁は、調査の程度が大量迅速な事務処理の要請という優れて訴訟政策的な要素に関わることを指摘する。
 - 10) 山本・前掲注9）126頁。
 - 11) 本文中で紹介した裁判例①と同様の説示である。補充送達につき、大阪高判平4・2・27判タ793号268頁がある。
 - 12) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法〈下〉〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014年）780頁。
- *脱稿後、本判決の判例解説として、上田竹志「判解」法セ736号（2016年）122頁に接した。

中央大学教授 秦 公正