



Title	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 - 中編 -
Author(s)	小山, 昇
Citation	北大法学論集, 39(5-6上), 1-35
Issue Date	1989-08-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16650
Type	bulletin (article)
File Information	39(5-6)1_p1-35.pdf



[Instructions for use](#)

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

——中編——

小
山
昇

目
次

- はじめに
- 一 フランス
- 二 イギリス
- おわりに

はじめに

送達名宛人の住所を知らながら（住所、居所其ノ他送達ヲ為スヘキ場所カ知レ）（民訴一七八条）ないと偽って公示送達を申し立て、訴状の送達から判決の送達に至るまですべて公示送達により、もって、手続が終了し、判決が確定した場合を主として念頭に置く。この場合には、送達名宛人は訴訟において主張・立証する機会が与えられなかったことになる。この結果の惹起につき送達名宛人に帰責事由がないときは彼は救済されなければならない。この場合に彼を救済する手続はなにか。下級裁判例においては見解は分裂している。最高裁判例は《懈怠シタル訴訟行為の追完》（民訴一五九条）を認めている。他方、民訴法四二〇条一項三号の再審事由にあたらぬとする控訴審判決の解釈を支持した最高裁判例もある。これらの最高裁判例はそれぞれその根拠を十分には示していない。いずれも文言解釈上の操作に止まっている。そのような解釈操作が必然的のものであるかが疑問である。この疑問は民訴一五九条の立法経過及びその前身である旧民訴一七四条の立法経過から得られる資料によっても解消されない。その限りでは、たんなる解釈操作ならば最高裁判例と逆の解釈操作という選択肢も対等の位置にあることになる。これらの選択肢のいずれを採るべきかあるいは第三の選択肢の余地がなを存するのか。旧民訴一七四条の範となつたのはドイツ民訴二二一条である。これはその後二三三条になつた。その解釈及び右の事例が再審事由に当るか否かの解釈を西ドイツの判例について見ても、上記の問いに答えるきめ手になるような手掛りは目下のところ得られていない。以上のことが前稿（小山昇「不実の申立てに基づく公示送達を受けたる者の救済について」前編—北法三八卷五—六号三五五頁）において明らかにされた。そこで、本稿が念頭に置く事案において送達名宛人をどのような手続で救済するかを、参考のために、フランス及びイギリスについて、調べてみることにした。本稿はその結果の報告である。

一 フランス

1 訴訟の開始

大審裁判所における第一審訴訟は原告が相手方を召喚すること (assignation) によって開始される (CPC §54, §750, 原告被告共同申立によっても開始される)。

日本法上の訴えの提起に対応する行為は原告が相手方を裁判官の前に出頭するよう通告すること (citer) である (CPC §54, §55)。その行為の通常の場合の表現形式は assignation と呼ばれる (CPC §54, §750)。assignation は書面によりなされる。その書面は執行吏 (huissier de justice) が作成する (CPC §55, §648参照)。assignation の書面 (以下において召喚状という) は相手方に知らせる (CPC §651)。この書面の内容を通知する (notification) 行為が執行吏行為書 (acte d'huissier de justice) によりなされる場合、この通知を執行吏送達 (signification) という (CPC §651II) (以下、たんに送達と呼ぶことにする)。召喚状の通知は送達による。召喚状の送達の時に裁判官に事件が潜在的に係属する (Vincent-Guinchart, procédure civile, 20^{ed.} 1981 N°398)。

2 送達

(イ) 訴訟係属の効果を生ぜしめる召喚状の送達は執行吏行為書による (CPC §651)。執行吏行為書たる召喚状 (CPC §65) は召喚状の記載要件と執行吏行為書の記載要件の双方を具備していなければならない (CPC §56, §648)。後者のうち本稿の主題にとって重要なものは、送達名宛人 (destinataire, 本稿では被告がこれに当たる) の氏名及び住所 (domicile) を記載することである (CPC §648 n°4)。

(ロ) 送達すべき書面は送達名宛人本人に交付されなければならない (CPC §654 I)。行為書が本人に交付されれば、交

付の場所がどこであろうと、例えば、勤務先であろうと、送達は有効である (CPC §689 II)。

当然のことながら、被告を特定するのは原告がなすべきことである。そこで、原告は自分が召喚状の送達を依頼する執行吏に被告の氏名・住所を教える。執行吏はこれに基づき執行吏行為書 (召喚状は執行吏行為書の形をとる。CPC §55 I) に名宛人の氏名 (nom. prénom は記載されなくても違法でない) と住所を記載する (CPC §58 I 1)。依頼人が教えた所番地が真か偽かを審査する権限を執行吏はもたない。そこで、①依頼人が名宛人の住所を知っているのに不明であると執行吏に告げた場合及び②依頼人が偽の所番地を執行吏に告げた場合を想定してみても、これらの場合にどう処理されるかを調べることにする。

(ハ) 本人交付送達が不可能であることが判明した場合に限り、本人の住所において、住所が知れないときは居所において、本人以外の一定の者に行為書の写しを交付することにより送達したことにすることができる (CPC §655 I, II)。これを仮に住所送達と呼ぼう。

①本人交付不可能とはどういうことか 執行吏は本人交付送達を実現するために、必要な一切の行き届いた試み(法文においては diligences をこころこゝろで CPC §659 I) をしなければならぬ (Cass. civ. II, 12 fév. 1975, J. C. P. 1975 IV 6514)。執行吏はこれらの試みをしたことを明らかにしなければならぬ (Paris 17 avril 1974, D. S. 1974, somm. 97)。すなわち、どうしようとせしたかを具体的に事実をもって行為書に記載しなければならぬ (Cass. civ. II, 21 juin 1979, D. S. 1979, inf. rap. 503, Gaz. Pal. 1979, 2, somm. 507; Cass. civ. II, 18 mars 1981, J. C. P. 1981 IV 199)。記載されたもののみを資料として本案の裁判官が自由心証により執行吏が diligences をしたか否かを判断する (Cass. civ. II, 25 mars 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 453; Cass. civ. II, 3 Oct. 1979, J. C. P. 1979 IV 358, Gaz. Pal. 1980, I, 335; Cass. civ. II, 12 mai 1980, J. C. P. 1980 IV 279)。たんに名宛人にその住所において出会わなかったか名宛人の住所も居所も勤務先も不明であったとか記載したのみでは当該送達は無効とされる (Basse-Terre 17 mars 1980, D. S. 1980, inf. rap. 458, Gaz. Pal. 1980, 2, somm. 602; Paris 8 mai 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, somm. 479) (無効の場合にどうしようとになるかについては後

に述べる) (以上の引用判例は参照しえたもののみである)。

②本人交付不可能ということの具体相 執行吏は名宛人の住(居)所に赴く(この事実を行為書に記載する)。執行吏がその名宛人に出会わないときはどうするか。隣家を訪問し隣家に名宛人が居るか確かめる(Trib. grand. inst. Clermont—Ferrand 7janv. 1971. J. C. P. 1972 II 17266)。名宛人の住所において名宛人の家族の者(たとえば息子)に出会ったときは、その者に直ちに送達書類を交付するのではなく、その者から名宛人の勤務先を聴き出して、そこに赴く(Trib. gra. inst. Paris 20 déc. 1972. J. C. P. 1973 IV 6263 ; D. 1973. 204 ; Clermont—Ferrand ibid.)。勤務先が休暇中であつて名宛人が出勤の必要がなく出勤していないときは、休暇中事務受付 (une permanence) があるはずであるから、そこで名宛人がどこに居るかの情報を得ることを試みて、居場所がわかればそこに赴く(Clermont—Ferrand ibid.)。ある日に本人交付の試みをしたが遂に名宛人に出会わなかつたときは、別の日に再度本人交付を試みなければならないか。アパルトマン明渡退去を命ずる判決の送達につきこれを肯定する判例がある(Paris 1 fév. 1984. Gaz. Pal. 1984. I. 386)。しかし、破棄院(Cass. civ. II. 29 mars 1984. J. C. P. 1984 IV 179)は、住所において本人不在のゆえに本人交付が不可能なのでそこに居た本人の秘書に交付したことにつき、本人交付をするために別にもう一度その住所に赴かなければならないことはないとしたRemmes 23 sept. 1982を支持した。以上が名宛人本人をとらえる試みの具体相である。

③住所送達の要件と手続 以上のような努力をしても名宛人本人をつかまえることができないうちに住所送達をすることができる。住所送達は、住所(これが知れないときは居所)において、名宛人以外の一定の者に、送達書類を交付することである。右書類を受領する適格を有する者は、その者に交付しておけば確実に名宛人に渡るであろうと社会通念上考えられる者である。すなわち、その住所に現に存する者(1a personne présente. たとえば、親、親類、友人、名宛人に雇われている者)、この者が存しないとき(または受領を拒むとき)は当該建物の守衛(gardien)、この者も存しない(または受領を拒む)ときは隣人(voisin)である(CPC §655 II)。

送達書類を受領する適格を有する者が受領することを承諾するとき、この者が自分の氏と名と身分を（隣人の場合にはこれに加えてその住所を）明示し、かつ、受取書を出してくれるのでなければ、この者に送達書類を交付することはできない（CPC §655 III）。さらに、この者に送達書類を交付しただけでは住所送達は完成しない。名宛人宛てに、立寄通知（avis de passage）をその住所に（通常は郵便受函に）遺す。その内容は、これこれの者に書類を交付したこと、書類の性質はこれこれ（たとえば、召喚状とか判決とか）であること、送達を申し立てた者は誰であること、などである（CPC §655 IV）。しかも、同時に、同じ日に（またはおそくともその後の最初の労働日（jour ouvrable）に、——送達は原則として日曜日、祭日、休業日（jour chome）にはできない（CPC §656）——）立寄の通知と同じ内容の書簡を、送達行為書の写しを同封して、出すことによって送達の旨を名宛人に通知しなければならぬ（CPC §658 I）。

（二）名宛人の住所において、送達書類を受領する適格者があいに居ない場合または居たが受領を拒否する場合には住所送達はなし遂げることができない。この場合には、送達の擬制と市（町村）庁（maire）への書類の差置とがなされる（CPC §656）。

①送達の擬制　右の場合には、執行吏は、名宛人が送達書類に記載されている住所の所番地に実際に住んでいることを適当な一切の方法により確かめ、この確認（vérifications）を送達行為書に記載する（Cass. civ. II, 26 juin 1974, J. C. P. 1974 IV 293）¹⁾。たんに実際に住んでいることを確認したとの記載では足りない（Cass. civ. II, 18 mars 1981, J. C. P. 1981 IV 199）。この確認の記載から名宛人が実際に右の所番地に住んでいると結論することができるとき、送達が住（居）所においてなされたと看做される（CPC § 656 I）。

（一）名宛人の所番地は第一番の手續において上申された。執行吏はその所番地に赴いたが名宛人を見付けえず、近隣において判決のコピーを受領する通

格ある者を一人も見付けえなかった。そして、商業登記簿の抄本は、名宛人は、右送達の日、その所番地において、毎日、商業を営んでいたことを示している。かかる場合（このようなことが送達行為書に記載してある場合——筆者）には、市庁における送達は正当になされたものである。この場合、名宛人にこの送達を通知する書留郵便が差出人に返送されたことは重要でない。当時効力があつた民法五八一三条は、右郵便が名宛人に現実に到達したことの証明を要求してはいない。J. C. P. には以上のように紹介されている。

②送達書類の市（町村）庁への差置　擬制された住所送達の場合には、送達書類については、市庁への差置とその旨の名宛人への通知とが行われる。執行吏は、送達の日うちに（市庁が閉まっているときはその後開く最初の日に）、市庁に送達書類を差し置かなければならない（CPC §56 II）。市（町村）長は差置目録簿（répertoire）に差置を記録し、受領書を交付する（CPC §56 II）。他方で、執行吏は、名宛人の住（居）所に、立寄通知を（通常、郵便受けに）遺す。その内容は、市庁に差し置いたこと、書類の性質、送達申立人は誰であるかということ、市庁で速やかに引き取るべきこと、引取りの際に受領書を出す（かまたは欄外署名をする）こと、代理人により引き取ることもできること、などである（CPC §56 III）。しかも、同じ日に（その日が休業日）ときはその後の最初の労働日に）、立寄通知と同じ内容の書簡を、送達行為書の写しを同封して出すことによって、送達の旨を名宛人に通知しなければならない（CPC §58 I）。

③擬制住所送達の送達日　住所送達の日は、その日に立寄通知がなされ、立寄通知には日付が付される（CPC §55 IV）から、この日付の日である。擬制住所送達は住所送達と擬制されるのであるから、その送達の日は、市庁への差置の日ではなく、立寄通知の日である（Cass. civ. II, 13 oct. 1977, Gaz. Pal. 1978, I, 135; 召喚状送達S事案；Cass. civ. II, 28 mai 1979, J. C. P. 1979 IV 252. 判決の送達の場合。送達が上訴期間を走らせる。名宛人が郵便を受け取った日付は重要でないと判示）（J. C. Fascicule 141 n°81）。

（ホ）住（居）所が不明の場合、勤務先がわかっていたらそこで送達することができるが、これも不明である場合には、以下の手続をとる。日本では公示送達をする場合である。

①沿革 旧民訴六九条八号においては、送達書類を受訴裁判所の掲示版に貼付し、写しを検事局に交付することになった。一九七二年八月二八日デクレ七二一七八号第一九条はこれを改正し、裁判所における掲示を廃して、たんに送達は検事局においてなされ(検事が名宛人を探索させ)るものとされた(D. 1972 L477)。これがそのまま新民訴六五九条となった。一九八六年三月一四日デクレ八六一五八五号第四条はこれを更に改正した。それが現行の民訴六五九条である。フランス国内の自然人について、検事局送達を廃して、執行吏事務所で取りにくるのを待つということにしたのである。

②名宛人の住所・居所・勤務先の探索 この送達は、送達申立人も執行吏も名宛人の住所・居所・勤務先を実際に知らないしその他のどこに存するかも知らない場合を前提とする(CPC §659-1参照)。この場合には、執行吏は住所・居所・勤務先を探さなければならぬ。そのために、誠実に賢明に細心に一切の探索手段を尽くさなければならぬ(Cass. civ. II, 3 juin 1985: Bull. civ. II, n. 304; 16 juin 1965: Bull. civ. II, n. 516 (以上孫引き); Paris 27 mai 1972, Gaz. Pal. 1973, I, somm. 35; Orléans 29 nov. 1973, J. C. P. 1974 IV 174; Cass. civ. II, 12 mai 1980, Gaz. Pal. 1981, I, 139, 執行吏の探索が十分かどうかを調べなかつた控訴院判決を破棄; Cass. civ. I, 1 oct 1980, Gaz. Pal. 1981, 2, 600, 執行吏の探索が十分であつたかを調べない控訴院判決を破棄)。どのような探索をしたかは調書に詳述しなければならぬ(CPC §659 I)。

探索したか否か及び必要十分な探索をしたか否かは本案の裁判官が専権的に判断する(Cass. com. 27 janv. 1983, Bull. civ. III, n. 42; Cass. soc. 25 mars 1958, Bull. civ. IV, n. 475; Cass. civ. II, 26 juin 1988, Bull. civ. II, n. 468; 22 nov. 1972, Bull. civ. II, n. 290 (以上孫引き); Rouen, 8 janv. 1987, Gaz. Pal. 1987, I, somm. 203)。必要十分な探索がされていないと判断されるときはこの送達は無効とされる。たとえば、市(町村)庁または警察で調べるとか旧住所に手紙を出してみるとかが必要で、これをしないでなされたこの送達は無効とされる(Paris 16 juin 1965, J. C. P. 1966 IV 9)。

③調査の作成とその写しの郵送 名宛人の住所・居所・勤務先等を探索してもなお不明のときは執行吏は調書を作成する。調

書には探索としてどういうことをしたかを正確に叙述し、送達書類の性質と送達申立人の姓を記載する (CPC §659 I)。

ついで、調書作成の日に (おそくともその後の最初の労働日に)、調書の写しを、受領通知請求付き書留郵便で、名宛人に、最後の知れたる所番地 (住所または居所の、もしくは勤務先の——デクレ八六一五八五号による改正前の六五九条第一項参照) に宛てて、送付する (CPC §659 II)。この調書の写しの中で、名宛人は、三カ月の期間内に、送達書類を、執行吏の事務所まで、渡して貰うことができることを明示する (CPC §659 III)。他方、普通郵便でもって、重ねて同じことをする (CPC §659 III)。そして、書留郵便及び普通郵便を送付したことを調書に記載する (CPC §659 IV)。こうしてこの送達に関する調書が完成する。このような調書の完成 (établissement) が送達に相当する (CPC §659 IV)。おそらく、これら郵便を出した日が送達の日となろう。

④ 調書の送達申立人への交付 調書が完成したときは、執行吏はその写し及び書留郵便 (を郵便局が受けたその受取書を) もし書留郵便が返送されたときはその書留郵便そのものを) 送達申立人に交付する (CPC §659 IV)。

⑤ 住所不明の場合の本人交付送達 召喚状の送達の場合、名宛人の住 (居) 所不明の場合には、召喚状に名宛人の住所を記載すること (CPC §648 I a) ができない。このような場合でも、前述のように、住所・居所・勤務先を探索する。そして、偶然にそれ以外の場所で名宛人を発見したとき、この者に送達書類を交付することができる。そしてそれは有効な本人交付送達である。このことに関する判例を紹介しよう。

ナンテール大審裁判所一九七五年三月四日判決 (Gaz. Pal. 1975 II 492) (A)

原告 G 夫人。被告 N 氏。N が G の子 S の父であることを認める訴え (action en recherche de paternité naturelle)。仮定的に S の扶養料を求める訴え (action de subsides pour l'enfant)。召喚状には N の住所は記載されず、N の勤務先を表示したに止まっていた。しかし、勤務先ではあったが、本人交付送達をすることができた。N は、召喚状送達行為の無効の宣言を求めた。名宛人の住所を記載しない召喚状は無効である (CPC §648 II) というのである。

判旨：Nは勤務先で本人交付送達を受けた。よって有効に応訴することができた。すなわち、召喚状に名宛人の記載がないという形式に関する無効は名宛人に害を与えていない。Nの防禦の権利は侵されていない。よって、無効を言い渡すことはできない（CPC §649, §114 II）。そもそもNの住所の不記載はNがGにNの住所を故意に知らしめなかったからであり、しかも、それはNのみ存する事情に起因するのであるから、Nはこの欠缺を自分の有利に利用することは許されない。Nの無効宣言申立は棄却する。

⑥住所不明でないのに住所不明として送達 次のような判例がある。

ポー控訴院一九五七年七月二日判決（J. C. P. 1957 II 10139）（B）

R女が無銭飲食をした。一九五六年七月二五日バイオンヌ刑事裁判所は欠席判決によりR女を二カ月の禁錮に処した。この判決を執行吏は一九五六年一〇月一七日にトゥルーズ市、マロック通り二〇号においてR女に本人交付送達した。R女はこの判決に異議（opposition）を申し立てた。この申立書にR女は自分の住所をトゥルーズ市、マロック通り二〇号とはつきり記載した。対審判決をするために出頭の令状が出された。この令状は右所番地において送達さるべきであった。しかし、執行吏は右所番地でR女に出会わなかったため、「探索調査」を調製し検事局に令状（の写し）を交付した（旧民訴六九条第八号）。これを知らないR女は再度欠席することになった。一九五六年一月二九日バイオンヌ刑事裁判所は再度欠席ということでR女の異議を棄却する判決をした。この判決を、執行吏は、前記同様の経過で、一九五七年一月二五日に検事局に交付した。一九五七年四月一七日司法警察（la gendarmerie）がR女を禁錮刑の（すなわち、バイオンヌ検事局から交付を受けた判決抄本の）執行の目的で逮捕した。R女はこのときはじめて異議棄却判決を知ったのである。R女は同月一九日に控訴した。一月二五日を起算点とするならば控訴期間は徒過されていた。R女はこの間一貫して前記住所に住んでいた。

判旨：R女の住所ははつきりしていたはずである。なのに、執行吏は、民訴六八条三項の手續（市庁に差し置いてその旨を書留

郵便で名宛人に通知する)を踏んでいない。本件送達の法規適合性 (regularity) は疑わしい。R女の控訴は適法 (reviewable) である。〔探索調査が二つ作製されているが、その記載から検事局交付の正当性を認めることができないことである。Soudiquieresの評注によれば、本件の場合には防禦の利益の侵害は明らかで、無効 (a nullité) が唯一適切なサンクションで、判旨正当である〕。

3 名宛人の住所が間違っている場合——その一

名宛人の住所は送達申立人が執行吏に教えることによって送達行為書に記載されることになると考えられる。送達申立人が①誤って真の住所でない所番地を住所であると告げることがあろうし、②真の住所を知りながらこれと異なる所番地を故意に住所であると告げることもあろう。この場合でも、本人交付送達が原則であるから、執行吏は本人に出会うべく告げられた住所に赴くであろう。そこでは通常本人に出会うことはなく送達書類を受領する資格(2)(ハ)③)を有する者にも出会わないであろう。その場合には市庁に差置ということになる。しかしそのためには、名宛人が送達書類に記載の住所の所番地に実際に住んでいることを確かめなければならない(2)(ニ)①)。だが、そこが真の住所でないときは、実際に住んでいることを確認することはできない。すなわち、住所不明ということになる。そこで住所不明の場合の送達(2)(ホ)が行われることになる。では、その送達は有効か。右の①と②の場合のそれぞれについて、判例を紹介する。まず①の場合について紹介する。

パリ控訴院一九七六年一月一九日判決 (J. C. P. 1977 II 18584) (C)

一九七一年四月二〇日J社につき liquidation の宣告があった。Hが管財人 (syndic) になった。Hは、職務上、J社の支配人 (gérant) Sに対し七五〇一五フランの支払いを請求した。パントワーズ商事裁判所は、一九七四年三月一五日に、請求認容の判決をした。Sは控訴した。HはSの住所をドランシー市、アミチエ広場と示した。しかし、Sの住所はドランシー市、エドゥアル・リエヴァン通り一七号であった。執行吏は呼出命令の送達につき、一九七四年一月二三日に探索調査を調製した。(Sの住所不

明ということになったのであろう(筆者)。一九七四年二月一三日に呼出命令の送達がパントワーズ検事局になされた。この間Sの住所は変わっていない。(HはSの妻が営む店の所番地をSの住所であると思ひこんだらしい)。

判旨：呼び出すべき名宛人の正確な住所を示すことは訴訟手続行為書の根幹の方式である。この方式の不遵守はSから第一審を奪つたのであり、また、それ自体防禦の権利の侵害を成すものである。一九七四年二月三日及び二月一三日の送達行為はいずれも無効であると宣言する。その結果として一九七四年三月一五日の判決の無効(annul)を宣言する。この判決に対する控訴は適法(admissible)である。(この判決は事件を renvoi していない。J. A. の評注には、Hは正確な住所を示して再度訴えを起こすことができようとする)。

パリ控訴院一九七七年九月二九日判決 (Gaz. Pal. 1978. 2. 342) (D)

一九七五年二月四日S社について liquidation の宣告があった。Rが管財人となった。RはK(S社の経営役員会の長であった)に五〇万フランの支払いを訴求した。ヴェルサイユ商事裁判所は一九七六年一〇月七日に請求認容の欠席判決をした。Kの住所はパリ市、フォーブール・サン・マルタン通り二五八号であった。執行吏は同通り一一八号において送達を試みた。結局、一九七五年一〇月八日にヴェルサイユ検事局に送達書類を交付した。Kは控訴した。

判旨：Kの住所が右二五八号であったことは真である。この住所はS社の定款にもS社の商業登記にも明記してある。Kは召喚状送達の日も判決送達の日もこの住所に居た。Kは防禦を保障されず第一審を奪われた。Kの控訴は適法である。一九七五年一〇月八日の(召喚状の)検事局送達の無効を宣言する。その結果として一九七六年一〇月七日の判決の無効を宣言する。(Guyenotの評注は、判決に対しては無効なしの原則が、この場合に、上訴により、阻まれた、ということ指摘する)。

4 名宛人の住所が間違っている場合——その二

次は前記②の場合である。いくつかの判例を紹介しよう。

パリ控訴院一九八〇年二月一九日判決 (D. 1982, 501) (E)

R に対する判決に R の住所としてリール市、リベルテ大通五六号と記載されていた。パリ大審裁判所一九七九年三月二二日のこの判決は一九七九年五月一七日に送達されたが、送達はリール市庁への差置の方法によってなされた。R は一九七九年八月一三日に控訴した。

送達行為書の記載によれば、執行吏は R の住所であるリール市、リウール広場《pub Kennedy》に赴き、そこで R に出会わず、書類を受けとることを承諾する者を一人も見付けず、R がそこに実際に住んでいることを確認し、リール市庁に送達した。

被控訴人は執行吏を審理に呼び出した (mise en cause) [mise en cause については、Vincent-Guinard, procédure civile, N° 1263 をみよ。本件の訴訟の mise en cause は第五五五条によるものか? — 筆者]。執行吏は自己の防禦のために一九八〇年七月二九日に上申書 (dées déries) を告知 (communiquer) した。これにより、執行吏が、別件訴訟についての送達の経験から、R が判決記載の住所から転居していること及び実際の住所が執行吏が送達のために赴いたところであることを知っていたことが判明した。

R は判決の送達 (執行吏が現に送達を試みた住所は偽である) の無効及び控訴の適法 (recevable) を主張した。被控訴人は控訴は適法として判決の送達は適法 (régulière) であると主張した。

判旨：執行吏が送達を試みた住所が偽であることを証明することは R の仕事である。R はこれを証明していない。執行吏は判決に記載された住所においてではなく、そこでなら名宛人に有効に接触することができるものと知っている場所で名宛人本人に交付しようとする完全な理由をもっていた。R のこの点の主張は理由がない。(Pierre Dechaix の評注は、R に住所を隠した不正行為 (fraude) があったと見ている。そしてこの不正行為の性質を被控訴人に害 (nuire) を起こすものと見ている。被控訴人 (原告) が判決を執行することを不可能にするという害である。こうしてこの評注は、完全に適法な送達の後一カ月を徒過した後の R の控訴は不適法であったはずであると述べる。この評注は、さらに、被控訴人は、R が住所を偽っていたことを知らずに一九八〇年一月

二二日に本案の弁論をし、その後、執行吏の上申書によりはじめてそのことを知ったので、本案前になすべき〔しないと無効が治療される。第一二条―筆者注〕控訴無効を主張できなかったのであると解説している。

破棄院民事第二部一九五五年一〇月二二日判決 (J. C. P. 1955 IV 157) (F)

掲載誌の紹介文は以下の通りである。《被申立人が居住していない所番地において実施されたところの欠席レフェレ〔仮処分〕類するもの―筆者注〕命令の送達は、申立人がその相手方の新居所を知っているときは、上訴期間を走らせない。つまり上訴できる状態にある。すなわち、送達が無効でその日が上訴期間が走り出す起算日にはならないということであろう。

破棄院民事第二部一九七五年二月二二日判決 (J. C. P. 1975 IV 6314) (G)

C夫婦がP夫婦を訴えた。召喚状はP夫婦のピュトウ市にある住所に送達された。P夫婦が送達した弁論書 (conclusions) にもこの住所が記載されていた。この住所の記載がある判決をC夫婦は執行吏をして送達させた。この住所で、執行吏はP夫婦に出会わず、書類を受領する資格のあるものも存せず、しかし、そこが住所である〔転居の手続をとらない限り住所であるとされるらしい―筆者注〕ことは確かであった。そこで執行吏は一九七二年七月三一日にピュトウ市役所に差置をし、その旨を受取書付書留郵便で通知した。受取書が執行吏に戻ってきた。ところが、判決の送達の日にはP夫婦はパ・ド・カレ県のラコンに引越していた。そしてそのことをC夫婦は判決を送達させるときに知っていた。P夫婦は一九七二年一〇月二五日に控訴した。ドウエ控訴院は一九七三年七月三日、控訴期間徒過後の控訴という理由で、この控訴を却下した。P夫婦は破棄申立てをした。C夫婦がP夫婦の現住所を知りながら旧住所に送達させたのは、判決に詐取的に *autorité de la chose jugée* (既判事項の権威) を与えるためであると主張した。

判旨：P夫婦はその最終の弁論書の中にラコンにある住所を記載すべきであったし、旧住所を受けもつ郵便局に住所の所番地の変更の届出しておくべきであった。原審が、本人交付が不可能であったと判断し、執行吏による市庁への差置は適法であると

したこと、P夫婦が書類の内容を知ることを妨げる意図 (Fraude) がC夫婦にあることを否定したことは正当である。破棄申立てを棄却する。[J. A. は評注において、防禦の権利を守ることはP夫婦の仕事であり、P夫婦がこれをしていないときはC夫婦がPの新住所を知りながら旧住所に送達させるのはよくないとはいえない、と述べている。]

破棄院民事第二部一九七六年一月二七日判決 (Gaz. Pal. 1977. 1. 10) (H)

掲載誌には要旨しか掲げられていない。これを紹介する。控訴審判決が、送達行為書の記載には(現にフランスにそして外国に知れたる住所も居所もなし)とあると指摘したこと、被告の住所が外国にあること及びその外国のアドレスを当該判決を得た当事者は知っていたことを認定したこと、以上のことは不正規であり、この不正規性 (irregularité) はなされた送達を瑕疵あるものとし、ひいて名宛人への害 (nuisance) が認められるとしたこと、そして、結論として、对審 (とみなされる) 判決の検事局になされた送達は適法ではなく上訴期間を走らせなかったと判断したこと、を取り上げて、その他のことを取り上げるまでもなく、原判決は正当なり、としたものである。

破棄院民事第二部一九七七年六月一六日判決 (Gaz. Pal. 1977. 2. 298) (I)

掲載誌における右判決の紹介が簡単に過ぎる。外国人たる筆者には理解が困難である。多少想像を交えたと以下のようなになる。送達は検事局になされた。その経緯は送達行為書に記載される。原審において、名宛人が、自分が営む職業の場所を居住の場としていたことは確定されなかった。送達 (申立) 人 (The applicant) が名宛人の住所の変更について知っていたということも確定されなかった。こういうことで原審は当該送達を有効とした。ところが、以上確かめられた事実から、他方当事者は名宛人の労働の場所 (勤務先) を知っていたことがわかる。ところで、一九七二年八月二八日デクレ第一九条によれば、勤務先もまた知れない場合にしか検事局送達をすることはできない。よって、控訴院判決は破棄されるべきである。

エックス・アン・プロヴァンス控訴院一九八五年一月一八日判決 (D. S. 1986, inf. rap. 221) (J)

掲載誌には要旨のみが掲げられている。原告債権者は被告債務者の現実の住所を知つていながら、執行吏に召喚状を他の市の他の所番地に送達させた。そのようなことになつた正当な理由は認められない。執行吏は原告が示した所番地に赴いた。彼はそこで当然のことながら名宛人に出会わなかつた。また書類を受領することを承諾する者も居なかつた。そこで彼は市庁に差置をした。差置かれた召喚状は引き取られなかつた。

判旨：本件においては、本人交付送達（第六五四条）がされていらない。住所送達（第六五五条）もされていらない。（このことは送達申立人が送達できない所番地を示したからである―筆者補）。上記の規定に違反することは無効とされる（第六九三条）。本件の召喚はこの意味で無効である。これは形式の無効（*nullité de forme*）〔実体の無効、*nullité de fond* に対するもの―筆者注〕である。形式の無効は当該違法が相手方に害を惹き起こしたことを無効を主張する相手方が証明した場合にのみ裁判所が言い渡す（第一一四條二項）。しかし、第一審に訴訟に係属させる本件の召喚状の送達は相手方を呼ばないで裁判することになるといふ瑕疵を帯びている。この瑕疵（*vice*）は実体の無効を成す。ところで、実体の無効は害（*préjudice*）が生じたか否かを問うことなくこれを言い渡すことができる。しかも、ある場合（第一一九條、第一二〇條）には職権をもつて言い渡すことができる。よつて本件の送達の無効は害の有無を問うことなく言い渡すことができる。召喚が無効であるときは、訴訟係属は有効ではなく、第一審裁判所での召喚に続く手続のすべてを、裁判官の裁判も含めて、無効とする（*annuler*）べきものである。よつて、訴訟を審理することを拒否し、両当事者が裁判を欲するならば、この度び適法に係属した第一審裁判所に両当事者を移送する。

5 まとめ

（イ）送達は書類の内容を名宛人本人に知らしめる手続である。だから当然のことながら書類の本人交付が原則である。フランスでは、名宛人の住所・居所・勤務先が不明でも執行吏は本人探索の手段を尽くすことになつてゐる。名宛人の住所・居所・勤務先で本人交付に至らないときは、その者に交付すれば本人に渡るのであらうと社会通念上考えられる者

に住(居)所において送達書類を交付する。それにも至らないときにはじめて市庁に差し置く。住所送達も市庁差置送達も、名宛人の住(居)所がわかっていて名宛人がそこに居住していることが確かであることを前提とする。名宛人の住所・居所・勤務先が遂に不明である場合にはじめて第六五九条送達が行われる。これが日本の公示送達に対応するものである。

(ロ)送達名宛人の真の住(居)所でない所番地を住所であると前提してなされた送達は、偶然に本人交付ができればその限りで有効であるが(判例A参照)、また、送達名宛人の責めに帰すべき事由により居住していない住所を前提とすることになった場合には、これを前提とする送達は無効ではなく(判例G)、また偶然に実際の住所においてすることができるときは有効であるが(判例E)、このような場合を除けば、送達名宛人の責めに帰すべき事由なくして、居住していない住所を前提とする送達がなされたときは、執行吏に手続上の落度がなくても、一般には送達無効である。送達申立人が誤って真の住所でない所番地を指示した場合であるか(判例C、判例D)、真の住所を知らながらこれと異なる所番地を住所と指示した場合(判例F、判例H、判例J。なお勤務先を知っていた場合について判例I)であるかを問わない。そしてこの種の無効は、送達が法律により定められた形を踏んでいないということ、つまり、形式における瑕疵に基づくということ、形式の無効の一種に属する。

(ハ)召喚状の送達が無効である場合に、これを知らない名宛人が手続に関与することなく、手続が判決にまで至ったときは、名宛人は防禦の機会が与えられなかったことになる。この事態を、ある判例はそこに実体の無効が存するのと同じであると評価し(判例J)、他の判例は無効が名宛人に害を生ぜしめたと評価する(判例B、判例C、判例D。判決の送達につき判例H)。法律上無効であるということと訴訟において当該無効を言い渡すこととは区別される。原則として形式の無効の抗弁に対しては害を加えていないときは訴訟において無効言渡しをしない。実体の無効(例えば、訴訟無能力者の訴訟行為の

無効。第一七条)の抗弁に対しては害の惹起の有無を問わず訴訟において無効を言渡す(第二九条)。形式の無効の抗弁に對しては害の惹起が証明されるときは訴訟において無効を言渡す。そうすると、召喚状の送達の無効の場合には、これを実体の無効に準ずると評価しようと、害ある形式の無効ととらえようと、無効が言渡されることに変りはない。また、その害は防禦の権利の侵害であるからとくに証明するまでもない。

(二)さて、召喚状の送達の無効は判決の無効をもたらす(判例C、判例D、判例J)。この限りで「判決の無効」が觀念される(判例Dの評注)。判決が無効なら第一審の判決はまだ存しないことになる。判決の無効を宣言するに止まる例(判例C)(この場合には前述のように、訴えの提起をしないことになるらしい)と第一審裁判所に差し戻す例(判例J)(差し戻された裁判所ですでに適法な係属があるのか、それとも差し戻しによって係属が生ずるのか?よく分らない)とがある。

(ホ)判決の送達のみが無効のときは、上訴期間は走らない(判例H、レフェレ命令につき判例F)。上訴は許される(判決の無効な送達の後六年以上も経って提起した上訴を適法とした例あり。破棄院民事第二部一九八四年一月二日判決(J.C.P. 1985 IV 5)である)。

(ハ)フランスでは召喚状の送達の無効が判決の無効をもたらす。この場合には事件は第一審からやりなおしとなる。判決の送達が無効の場合には、上訴期間が走らないから、上訴の提起が許される。いずれの場合も、上訴により開始された上級審の手続において、上訴がまず適法と判断され、ついで上訴審において判決の無効または送達の無効が言い渡される。判決の無効が宣言されるから、日本の再審における判決の取消しは必要でない。また、上訴期間は走らないとされるから、上訴期間徒過後の上訴の追完という觀念の入る余地はない。フランスにも日本の再審に相当する制度はある(*recours en révision*)。その再審事由の中に裁判所の決定が当事者の *fraude* (旧法時には *dol personnel* であった) によってまんと手に入れられたという事由がある(第五九五条一項一号)。しかし、名宛人の住所を偽って召喚状の送達を偽の住所を

基にしてさせてまんまと判決を得た場合につき、この事由にあたるかどうか問題になった判例は見当らない (J. C. Fascicule 745 を参照)。そのような問題にならないのはむしろ当然であらうか。

二 イギリス

1 召喚令状

(1) High Court における民事の手続は、writ, originating summons, originating motion or petition により開始する (O. 5, r. 1)。右の三種は事件の種類に応ずるものである。writ (令状) により開始されるべき手続は、*torf* からの救済、*fraud* を原因とする請求、義務違反に基づく人身の死傷または物損の賠償、特許権侵害などの事件の手続である (O. 5, r. 2)° *writ* は *writ of summons* (召喚令状) とも書かれる。(2)

(1) イギリスにはいろいろの裁判所がある° Supreme Court は通常裁判所の一つである° Supreme Court は Court of Appeal と High Court of Justice と Crown Court とから成る総称である (Supreme Court Act 1981, section 1)° High Court は three divisions をなす° Chancery Division, Queen's Bench Division, Family Division である° 本稿では Queen's Bench Division の管轄事件の訴訟手続を例としておく°

(2) Rules of the Supreme Court 1965 が手続規則を定めておる° 今日まで多くの改正を重ねておる° 以下は *Order 10*, rule 4 をたんに O. 10, r. 4 と略記する° Order から成る° 各 Order が *rule* からの *rule* から成る° 以下において、たとえは Order 10, rule 4 をたんに O. 10, r. 4 と略記する°

(3) 召喚令状の方式は R. S. C. の付録 (Appendix) A の書式 (Form) 1 に定められておる (O. 6, r. 1)° この法定書式用の紙は法律家用書類商店 (law stationer) による (The Supreme Court Practice 1985, vol. 1 Part 1 6/1/1. 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1)° 原告 (plaintiff) 本人または原告の事務弁護士 (solicitor) などの書式用紙に必要事項を記載する (rule 1 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1)° The Supreme Court Practice は Jacob を編集者とする多くのスタンダードの *White Book* の中で権威あるものとして評価を受けておる° Part 1 は Orders の解説で、volume 2 は Part 2 から Part 18 までを含み、書式その他を解説しておる° volume 2 には *rule* 1 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1 以下は *rule* 1)° 欄外の通り番号

により引用することとする。

論

(ロ) 召喚令状の記載事項は法定書式 1 (Part 2.1) が示すところである。本稿は、被告の住所についての原告の不実の申立てを問題にする。したがって、ここでは、召喚令状に被告の住所を記載することに限って、事項を調べれば足りよう。

当然のことながら、召喚令状には、被告 (defendant) の氏名 (name) 及び所番地 (address) が記載される。被告の所番地が不明であるときはその知れたる最後の居住のもしくは勤務の場所を、召喚令状の発行 (issue) ⁽¹⁾ の際に申し出る (6/1/6)。

(1) 召喚令状は、原告(またはその事務弁護士)がまず記載すべき事項を記載し、これを Queen's Bench Division の事件であるときは、Supreme Court の中央事務局 (Central Office) の訴訟部 (Action Department) に持参して提出する (O. 6, r. 7 (2) (a), 6/7/3-4)。郵便による送付もである (Practice Direction) の規定に關し定めをうける。6/7/7)。その係職員 (officer) が year, letter, number を書き込む (例えば (1984 Z No. 123)。これは原告の氏名のイニシャル。番号はその年の同じイニシャルの原告たちの受付番号順。Halsbury, vol. 37 para. 119 note 5) 認印 (seal) をする (6/7/4, O. 6, r. 7 (3))。以上の経過の全体を令状の発行 (issue) というらしい。というのは、令状は中央事務局から発行される (O. 6, r. 7) という文言があるが、発行は当事者の行為 (act) であって裁判所の司法行為 (judicial act) ではないという説明がある (6/7/1) からである。ちなみに、原則として、召喚令状の発行の場合には、裁判所の許可 (leave) は必要ではなく、むしろ、裁判所は発行を拒絶する⁽²⁾とはできない、と説明されている (6/7/1)。

2 召喚令状の送達

(イ) 本稿では、Queen's Bench Division の事件の召喚令状の England と Wales における (Supreme Court は England と Wales の裁判所である。Supreme Court Act 1981 section 1) 自然人への送達を念頭におく。召喚令状の送達には二つの方法がある。本人交付送達 (personal service) と郵便による送達 (service by post) と郵便受函投入送達 (service by insertion through letter-box) とある (O. 10, r. 1)。この三者のいずれを利用するかは利用者の選択に委される (10/1/6)。後二者は本人交付送達

が成就しない場合の次順位補助手段であるというわけではない（事実上そうであるかは別として）。

(注) 送達は personal service と ordinary service とに大別される。前者はいわば本人交付送達である。後者は法 (order, rule) が本人交付送達を要求していない書類の送達である (O. 65, r. 5)。これには三つの方法がある。名宛人の自身の所番地に書類を差し置くことと、郵便によることと、裁判所が指示するその他の方法とである (O. 65, r. 5)。これらは本稿の対象外とする。

(ロ) 本人交付送達

送達行為は原告が行うことである。原告は自身で行うかまたは代理人 (agent) をして行わせる (10/11)。本人に交付する場所については、住所においてとか勤務先においてとかに限られてはいない (Halsbury's Law of England 4th ed. (以下、たんに Halsbury と略称する) vol. 37 p. 118) (しかし、無制限ではない。例えば、王宮 (Royal Palace) の構内においては、王が不在の場合でも、なされた送達は無効と見られるようである。65/25)。本人交付送達の方法は、本人を発見し、これと面接し、書類を手渡し、受取らないときには、書類の内容・性質を告げたうえその場に差し置く (leave, 名宛人の十分な支配領域の下に置く) ことである (65/22)。

送達行為は訴訟の当事者がなすべきことであることは注目に値しよう。日本でも西ドイツでもフランスでも、当事者以外の第三者が送達を実施する。だから、この第三者に名宛人の住所が不明であると偽ることにより、第三者の責めに帰することなく、送達不能の状態を作り出し、もって公示送達の方法を得ることができることになる。ところが、イギリスでは、送達者である自分が名宛人の住所を不明と偽ることは、自分が送達することができない状態を自分で作り出すものである。このことについて後に再度触れるであろう。

(注) ある行為が本人交付に当たるか否かについてはいくつかの判例がある。

被告が在室する部屋の扉の隙間を通してコピーを差し置いて、それは召喚令状のコピーであることを告げるといふことでは十分でない (Christmas v. Eicke (1846) 6 D. & L. 156. (被告本人に面接していないからか? 受取通知の手続がされていないからか? —筆者))。被告が家の高い窓際にいて、令状送達人が屋外から上を向いて被告を呼び出し、被告宛の令状を持参している旨を告げ、コピーを上に掲げて被告がこれを見るようにして、それから被告の妻の目前で、コピーを投げ込んだ、という場合、十分でないと判示された (Heath v. White (1844) 2 D. & L. 40)。

ある人が送達のため被告邸に赴いたところ、被告の女召使が庭の堀いしに籠を出したのでその中にコピーを入れたが、その直後に被告がそんなものにならない、戻せと女召使に言っているのが聞え、その後になって、女召使が送達に来たその人にコピーを被告に渡した旨を告げた場合、それは本人送達に当たらないと判示された (Goggs v. Huntingtower (Lord) (1844) 12 M. & W. 503)。被告本人に封筒に封入した令状コピーを手交すると約束したときでも完全な送達ではなく (Frith v. Donegal (Lord) (1834) 2 D. P. C. 527) 妻または代理人がそのことを被告に伝えると約束したときでも完全な送達ではなく (Davies v. Morgan (1832) 2 C. & J. 237) が、被告の要求に基づきこの者に送達したときは、十分であるようである (Montgomery & Co. v. Liebenthal & Co. (1898) 1 Q. B. 487. スコットランドに住む被告に対し、彼のイングランドにいる代理人に送達した事件 — 筆者)。以上、判例は古いが、55/2に引用されている。本人に令状の内容・性質を告げてその支配下に置くことを買こうとしていふように思われる。

(ハ) 本人交付送達の承認

被告は、送達された召喚令状について、これに対応¹⁾するかこれを放置するかである。

(1) 対応の仕方は O. 12 に定められている。送達の承認 (Acknowledgment of Service) により対応する。その書式は法定されている (O. 12, r. 3)。承認の用紙は令状の用紙につながっている (O. 10, r. 1(6))。承認は、被告が、自分が居住する場所の所番地を特定し署名することである (O. 12, r. 3, 12(3)(2))。これを用紙に記入する。以後この所番地が彼への送達の宛先となる (ibid.)。承認は送達の実事の承認であって、令状のまたはその送達の不適法などを咎める権利を放棄するものと見られてはならない (O. 12, r. 7)。

ところで、召喚令状には「この令状のあなたへの送達の後、送達の日から数えて、一四日以内に、あなたは請求を満足させるかもしくは本訴を争う意図をもつか否かをこの令状につながる『送達の承認』の中で述べてこれを下記の裁判所事務局に返戻するかしなければならぬ」という文言がある（送達の日とはこの場合は被告本人に令状コピーを交付した日である。争うことは、本案についてであるか訴訟要件についてであるかを問わない）。被告は「送達の承認」の用紙に召喚への対応を記入する。

被告は「送達の承認」の用紙に記載すべきことを記載し、これを令状用紙から切り離し、中央事務局に持参し提出する（O. 12, r. 1 (3), Part 2, 9. 郵便で送る方法もある）。送達が承認された日は「送達の承認」が当該事務局において受領された日である（O. 12, r. 1 (5)）。

被告が召喚令状に対し、対応（原告の請求を満足させる、あるいは争う意図を通知する）をせず、これを放置するときは、原告は欠席判決の登録の手续をとることができる。これについては後述する（4）。

（二）郵便による送達

郵便による送達（Service by post）は召喚令状の送達の場合には通常の一等郵便⁽¹⁾により被告の通常の所番地もしくは最後の知れたる所番地に送付することである（O. 10, r. 1 (2) (a)）。この場合送達の日は原則として送付の日の後七日目の日であるとみなされる（O. 10, r. 1 (3) (a)）（実際はもっと後であるとの反証は許される。10/1/8）。郵便による送達は郵便制度を利用して本人受領に至るものである。

一等郵便においては、名宛人に配達された場合と配達が成就しなかった場合とがある。前者の場合には郵便物が郵便局から返戻されないであろうし、後者の場合には不配達として返戻されるであろう。そこで、郵便によった手続が適正でしかも返戻がない場合には名宛人に正当に（*legit*）配達されたと推定⁽²⁾され、名宛人に不配達として返戻があった場合には、郵便制度の利用の手続自体は適正であっても、正当に（*legit*）送達されなかったと取り扱われる（10/1/7）。

郵便による送達が適法になされたことは証明されなければならない。その方法は、召喚令状の原告による送達の場合

説 論
には、原告が、自分の見解によれば郵送の日から七日以内に令状のコピーは被告の知るところになつたはずである旨(を)結論とするところ(の)宣誓供述書 (affidavit. その現行実務書式は Part 2, 328. 適正に郵便に出したこと及び郵便局から戻つてこなかったことを記す)を裁判所に提出することである (O. 10, r. 1 (3) (b)). 裁判所はこれに基づいて送達の適法の一応の証明ありとする。

郵便による送達は、この場合、名宛人の所番地不明の場合には利用できず、名宛人の所番地を偽るときは郵便局から返戻されて適法の送達なしと取り扱われる。再度、本人送達または郵便送達をせざるをえない (10/1/3)。だから、住所不明と偽ったり、偽の住所を住所とすることは、送達が実施不能である (後述 3 (1)) という状態を作り出すことになる。

(1) 郵便制度を利用する場合の郵便の種類は、「普通」(ordinary) と「一等」(first class) と「前納済み」(pre-paid) と「前納不要」(in respect of which prepayment is not required) とあることである。「普通」郵便としたのは「書留郵便」(registered post) 及び配達証明郵便 (recorded delivery) を排斥することを意味して、これらの郵便方法においては被告が書簡を受け取らなかつたことを拒む機会をもたないから原告はかかる方法を利用しようとはならなかつたと解されている (10/1/7)。普通郵便においては配達人が名宛人に配達できなかったときは「局に持ち戻り、不配達」(undelivered) 郵便物として、差出人に返送する。郵便には「一等郵便」と「二等郵便」があり、前者でないものが後者であつて、「一等郵便」は郵便に付した日の翌日に配達され、「二等郵便」は郵便に付した日の翌々日に配達される (Part 3, 763)。前納は正規の郵便料を支払はずみとしないことである。(undelivered の意味は「宛先に居住していないので名宛人に郵便物を到達させることができない」ということであつて、宛先に居住はしているが本人に渡すことができないというのではない) である。

(2) 右の「推定」は判例により認められた「一応の証明」(prima facie evidence) である (A/S Cathrineholm v. Norequipment Trading Limited (1972) 2 Q. B. 314; (1972) 2 W. L. R. 1242; (1972) 2 All. E. R. 538, C. A.; Saga of Bond Street Ltd. v. Avalon Promotions Ltd. (Note) (1972) 2 Q. B. 325; (1972) 2 All. E. R. 545, C. A.)。米英裁判官の間の協定による送達法がなされた (Lord Denning L. J. in Regina v. Country of London Quarter Sessions Appeals Committee, ex parte Rossi (1956) 1 Q. B. 682, p. 694; (1956) 1 All. E. R. 670, p. 676; Hewitt v. Leicester Corp. (1969) 1 W. L. R. 855; (1968) 2 All. E. R. 802, C. A.)。

(ホ) 郵便受函投入送達

被告の通常の所番地または最後の知れたる所番地に郵便受函 (letter box) があるときは、令状のコピーを封筒に入れて封印をしこの封筒の宛名を被告として当該郵便受函に投入する方法で送達することもできる (O. 10, r. 1 (2) (e))。この場合には郵便受函への投入の日の後七日目の日を送達の日とする (O. 10, r. 1 (2) (a)) (実際はこの日よりもっと後であったとの反証は許される。10718)。郵便受函投入送達は郵便受函を媒介として本人受領に至るものである。

この種の送達の場合も、送達が適法になされたことを当事者が証明しなければならない。その方法は宣誓供述書による。供述書は、原告の見解によれば被告の所番地の郵便受函投入の日から七日以内に召喚令状は被告の知るところになつたはずであると締めくくる (その書式は、前掲 Part 2, 329)。

この宣誓供述書による証明が偽証であつて、しかし裁判所がこれを信用して、たとえば欠席判決を与えた場合が生ずると、被告の救済の必要が生じよう。

3 召喚令状の代用送達

(イ) 召喚令状の送達は前掲の三つの方法による。これらの方法によつてもなお送達ができない (impracticable) 場合がありうる。かかる場合には、裁判所はこれらに代わる代用送達 (substituted service) をするために指令 (order) を出すことができる (O. 65, r. 4 (1))。

(ロ) 代用送達をなすべき場合は、本人交付送達 (上述したところの郵便による送達及び郵便受函投入送達も alternative のものとして本人交付送達と同じく扱われる) をなすことが法律上定められている場合において、それが障害により実施不能 (impracticable) である場合である。すなわち、本人交付送達が法律上そもそもできない場合にはその代用の (substitutive) 送達も

論
ありえない (Field v. Bennet (1886) Digest 37 (2) N. 1685 ; Hillyard v. Smyth (1887) Digest 37 (2) N. 1686)。

(ハ) 本人交付送達が実施不能であるとはどういう状態か。O. 10, p. 1 は、一九七九年の改正により、本人交付送達と並んで、一等前納書簡郵便による送達または郵便受函投入送達を選択することを(裁判管轄権区域内での送達の場合に)認めた。前者は旧法の下では代用送達の方法の一つであった(旧 O. 9, p. 2)。そこで、右改正以後は右郵便による送達の方法による代用送達は必要でなくなった(10/1/3, Halsbury, vol. 37 para. 153 note 3)。代用送達に関する一九七九年以後の判例を筆者はまだ見つけていない。

しかし、右改正は従来の実務を変えるものではない(Halsbury, *ibid.*)。また、代用送達の必要がある場合が全く消滅するに至ったのではない。たとえば、道路交通事故による人身傷害についての賠償請求の被告たるべき加害者を追跡することはできなかつたがその保険者を知ることができた場合または被告の住所が不明でありそれが送達逃れであると信ずべき理由がありしかもその人に送達すれば被告に届くであろう人物もいない場合には代用送達の必要があろう(O. 4/6, 20)。

古い判例ながら、どういふ場合に本人交付送達が実施不能と認められたかを見よう。これを、これらの場合にどういふ方法の代用送達が指示されたかと併せて見ることにする。

(二) 代用送達の方法 裁判所が相当と認める方法を指示する(O. 65, p. 4 (3))。代用送達は結局被告の所番地も最後の所番地も不明の場合に許可される。その方法としては、被告に宛てて右以外の特別の所番地に前納書簡郵便を出すこと、被告以外の個人に送達すること、新聞紙に広告をすることなどが指示された例がある。特別の所番地に宛てることも、被告以外の者に送達することも、それにより本人が送達を知ることの蓋然性が高いと考えられる場合でなければならぬ。以下に実例を掲げる。

① 被告が送達逃れをしていると思われる場合に、被告の勤務場所への差置と被告宛に郵便を出すことを同時に行うことを指令した例がある(Capes v. Brewer (1875) Digest 37 (2) N. 1711, 詳しい事実是不明)。② 裁判管轄権区域内において行方をくらました被告への送達としてその最後の居所に召喚令状のコピーを差し置くことと、被告がビジネスを営んでいた場所にもコピーを差し置

くつとて併せて London Gazette 紙及び The Times 紙に広告を出すことを指令した例がある (Cook v. Day (1876) Digest 37 (2) N. 1707)。③借家人達の家主に対する占有回復の訴えにおいて、行方不明の家主への送達として、めいめいの借家に召喚令状のコピーを差し置くこと及び London Gazette 紙と The Times 紙とに広告を出すことを指示した例がある (Crane v. Jullion (1876) Digest 37 (2) N. 1710)。④召喚令状の本人送達を実施することができない場合に、旧 O. 9, r. 2 に基づき、送達の代わりに、通知書 (notice) を被告が住んでいたと知られる唯一の場所に差し置き、London Gazette 紙及びその他の地方紙一紙に広告を出すことによつて通知することができるとした例がある (Rafael v. Ongley (1876) Digest 37 (2) 1706)。以上は、本人に宛てた送達であるといえる。

⑤ Peterborough の近くに住んでいた被告が自分の家を出て行方不明になり、彼の妻もその家を去つて自分の親類と同居し、被告の家が空家になった場合に、被告の妻に「妻気付か？ 妻宛か？ 筆者」送達し、コピーを被告の当該家屋に差し置き、Peterborough の新聞と Stamford の新聞に広告を出すことが指示された (Mullows v. Bannister (1822) Digest 37 (2) N. 1701)。⑥ foreclosure action (抵当権設定者の目的物受戻権を喪失させ目的物を抵当流れとして売却することを求める訴訟—筆者) の被告が行方をくらました。彼の妻も彼の家族もその行方を知らない。原告は彼に送達を実施することができない。代用送達の方法として、令状のコピーを彼の妻に差し置くことと The Times 紙及び London Gazette 紙に、応訴なきときは (in default of appearance) 原告は、債務を弁済すべき時と場所を指定する、弁済なきときは受戻権の喪失を命ずる旨の判決を得たうえで、右の喪失命令を確定的のものとする指令を求め申立て (motion) をする、という内容を通知する広告を出すこと、が指示された (Digest 37 (2) N. 1700)。⑦被告が海外に行方をくらまし所番地はわからない場合に、令状を被告の男兄弟に送達することを、その旨を広告することを前提として、許した例がある (Digest 37 (2) N. 1704)。⑧フランスに住むフランス人妻がいまはイギリスに住むイギリス人夫を相手方としてイギリスの裁判所にイギリスにいるイギリス人事務弁護士を代理人として離婚の訴えを提起した。彼等の間に五人の嫡出の子があり、下の息子

二人は母のところにおり上の娘三人は父のところにいる。父は息子二人をもイギリスで教育を受けさせたい。そこで五人の名前で（すなわち未成年者の代理人 (next friend) が）、父と母とセトルメントの受託者とを相手方として、セトルメントの信託の履行を求める申立てをした。これを履行するには母が二人の息子を父に渡さなければならぬ。この申立書 (bill) の母への送達が問題になった。離婚訴訟のための代理人たる右のイギリス人事務弁護士がこの申立事件について代理する権限を与えられていなくても、それへの送達が代用送達として適法とされた (Hope v. Hope [1854] 43 E. R. 534)。⑧ハンブルグ船籍の船ヘルタ号をイギリス居住のイギリス人 X がハンブルグ居住のイギリス人船主 Y から買う契約がハンブルグでなされた。船は航海中であつた。引渡しは船が最初に入った港においてということとされた。売主は船長に積荷降ろしが終り次第売買を完結させる権限を与えていた。船は Cork に着いたが荷降ろし港 Sunderland に航行するよう売主は船長に指令した。買主は、船はかなりいたんでいる、調べればすぐ分る、約定代金は値引きすべきだ、と船長に主張した。船長は点検を拒み、約定代金全額支払いの条件でしか引き渡さないと答えた。買主は売主と船長とを訴えた (bill を 出 した)。すなわち、船の引渡し (specific performance) と、値引きの査定に関する指示とその間に被告らは船を Sunderland から移動させることをしないことを求めた。原告は四月一六日まで移動を差し止めるとの命令を得た。そして右の訴状 (bill) のコピーと四月一六日に申立て (motion) をすることの通知のコピーとの送達を船長に行うことは、これらの文書のハンブルグにまだ居る被告売主へのよき送達と見做される、という旨の指令を得た。四月一六日の原告の申立てに基づき、四月一七日に、裁判官は、両被告に対して、差止めを、次の指令あるまで、認可した (granted)。両被告のこれに対するアピールは棄却 (Hart v. Hewig [1873] 8 Ch. App. 860)。⑩ S は七〇〇ポンドの損害賠償金を支払えと裁判所は命じた。S は支払わなかつた。S に対し差押令状が出て、差押えが行われた。S は父の遺言により七〇〇ポンドを超える金額を受ける権利資格をもつていた。S は遺言執行人 (trustees of the will of the testator) H に対し遺言の執行を求めて訴えを起こしていた。この訴訟の被告である遺言の執行人に、差押人 (sequestrators) が、差押令状その他を送達した (In re Slade. Slade v. Hulme [1881] 18 Ch. 653)。

遺言執行人がSに払うべき金を差押人に支払わせるためである。一八八一年六月二七日に、遺言執行人は差押人に一三〇ポンドを一部弁済として支払えとの裁判所指令が出た。この事件につき、Digest 37 (2) N. 1695は、Sが海外にいるので国内にいるSの訴訟代理人に代用送達することが指示されたと摘示している。しかし、そのことは18 Ch. 653には報告されていない。⑩送達回避の意図は不明でも、令状の発行後に、そのことを知った後に、裁判管轄権区域外に去った場合には、諸般の事情により相当と認めるときは、代用送達の指令をすることができるとした判例 (Jay and another v. Budd (1898) 1 Q. B. 12; C. A. Rigby L. J. dissenting) があるが、そのなかで Halsbury 卿は、代用送達を許すべきであるという見解に立ち、送達を受領するつもりをもつ事務弁護士と被告がその留守中被告のビジネスの処理を託したと思われる人物とに送達をすることをよしとし、被告が応訴するのに二カ月を見ればよいであろう、と述べている。⑪被告は抵当債権者 (mortgagee)。原告はこの抵当権の有効性を争うため訴状 (Bill) を裁判所に提出した。訴状は綴り込まれた (filed)。subpoena 令状 (特定の目的で特定の時に特定の場所に出頭することを指示するもので不出頭にペナルティが課せられる一筆者) を被告に送達したい。被告は訴状発行前にすでにイングランドを去りイタリーに居た。しかし、被告に抵当権に基づき支払われる金は被告の勘定において被告のパートナー達に宛てた右の令状の送達は適法であるとされた (Kinder v. Forbes (1840) Digest 36 (2) Partners N. 811)。⑫被告が口座を現に有しているまたはかつて有していたところの銀行に宛てて、代用送達をすべき旨を指令することもありうる (Halsbury, vol. 37 para. 153 note 6)。以上は、本人以外のものに宛てた送達である。

(ホ) 代用送達の手続 代用送達の指令 (order) は申立て (application) を待つて行う (O. 65, r. 4 (2) 参照)。申立ては宣誓供述書によりなされる。宣誓供述書には申立てを理由づける事実を述べなければならぬ (同上)。申立ては Master に提出し、代用送達の指令は Master が書面を出す (65/4/5, 8 参照)。

(注) 代用送達申立宣誓供述書の現行実務書式が Part 2, 325 に掲げられている。宣誓供述書の記載事項中、(私は、送達承認書付きの令状コピーを送達すべく、力の限り、あらゆる合理的な努力を払いあらゆる適切な手段を講じましたが、送達を遂げることができませんでした) という文言があるのが注目される。通常どのような手段を講ずるかの紹介は略する (65/47 を見よ)。

代用送達として書簡を送達することを指示する場合の指令書の現行実務書式は、……の宣誓供述書を読んだ上、本指令書のコピー及び……の召喚令状のコピーの、所番地……の被告……に宛てられた前納通常郵便書簡によりこれを送付することによる送達は、本令状の良好な十分な (good and sufficient) 送達であるものとする、と指令する (前掲 Part 2, 326)。

原告は、定められた種類の郵便による代用送達を実施した場合には、その旨の宣誓供述書を裁判所に提出する (65/4/15. その現行実務書式は Part 2, 339 に見られる)。指令書コピー及び令状コピーは書簡を郵便に付した日の次の日に送達されたものと見なされることになる (これと異なることが指示されたときはそれによつて。65/4/15, Part 3, 753)。

広告をした場合には、宣誓供述書の中で (必要的記載事項—O. 65, r. 8—のほか) 広告内容を詳しくのべるかまたは広告新聞紙のコピーを証拠書類として添付する (紙名と広告日付は必須である。65/4/15. 広告の現行実務の形式は Part 2, 342 に、広告したこと宣誓供述書の現行実務の書式は Part 2, 341 に見られる)。

(一) 代用送達の効果 代用送達の指令において指示された送達方法を忠実に実施したときは、代用送達は本人交付送達の効果をもつ (65/4/2, 15)。

4 代用送達と欠席判決

代用送達の指令に従つて適正に代用送達が実施されたときは、代用送達を基礎とする判決は、被告が訴訟を知らない場合でも、適法である (65/4/15)。

適法な代用送達をしたにもかかわらず、被告が防御の意図の通知を予告された期間 (O. 13, r. 6A) 内によこさないときは、原告は、請求が特定金額の請求であるときは、法律上の権利として、請求認容の終局欠席判決を得ることができ⁽¹⁾ (O. 13, r. 10)。Halsbury, vol. 26 (1979) paras. 599, 510, 13/1/1 (裁判所の許可を要する場合に当たらない)。

判決の登録 (entry) を欲する当事者が判決を起草する (O. 42, r. 5 (2))。判決の起草は、この種の欠席判決の場合には、書式が Rules of the Supreme Court の Appendix A に定められていて、この書式に必要な事項を記入することである (O. 42, r. 1 (1))。書式は前注の通り)。召喚令状の送達の方法と場所を判決の中にも具陳しておくことができる (ibid. (2))。送達が代用送達である場合にはその費用を負担させるために役に立つ (42/1/3)。

判決を登録してもらうには、事前に、被告への令状の正当な (due) 送達 (たとえば、正当な代用送達) があったことを証明する原告の宣誓供述書を裁判所に提出しなければならない (これは原告によりまたは原告のために綴り込まれる) (O. 13, r. 7 (1) (b))。

(1) 特定金額請求 (liquidated demand) 事件を念頭におく。召喚令状の裏面に、「請求原因事実と請求金額と訴訟費用額とを記載する (O. 6, r. 2 (1) (a) (b))」。以下、このような令状を念頭におく。代用送達の指令を原告が得ているときは代用送達の費用額をも請求の中に加える (Part 2, 1 の注を見よ)。召喚令状の表の面に、被告の応訴の意図の有無の叙述を含む送達の承認書を中央事務局に返戻しないときは、原告は訴訟を進行させ被告に不利な判決が登録 (enter) されることあるべしと警告する文が書かれる (印刷してある) (Part 2, 1 に見られる法定の書式)。

この場合の欠席判決は防御意図通知懈怠の判決 (Judgment in default of intention to defend) である。この判決の法定書式は次のとおりである。

一九〇〇年…月…日。

本件被告により防御の意図の通知が与えられなかったことに基づき、本日、被告は原告に…ポンド及び費用…ポンドを支払うべきものと、判決された。(Part 2, 34)。

費用が査定を要するときは、「費用…ポンド」のかわりに、「査定されるべき費用」と記載し、別行で「上記費用は一九〇〇年…月…日付の査定官の認可書 (certificate) にあるとおり…ポンドと査定され認められた」と書く (同上)。

(2) 綴り込みについては、O. 41, r. 9, Q. B. D. の事件については、中央事務局において綴り込まれる (r. 9 (4))。事件記録 (cause book) に綴り込まれるのであろう。

原告が、Queen's Bench Division の管轄の事件で、防御の意図通知懈怠の判決の登録をしたい場合を想定しよう。原告は中央事務局 (O. 42, r. 5

(7) の訴訟部に出頭する (13/1/4)。そして、召喚令状の原本 (O. 45, r. 5 (3) (a))、召喚令状の送達に関する宣誓供述書の原本 (13/1/4)、判決書二通 (適正な用紙を用い、書式を完全に正しく満たし、かつ印紙を貼布したもの) を提出する。係官は、まず、防御の意図の通知の有無を調べる。その上で判決書の上に、「防御の意図の通知なし」(No Notice of Intention to Defend Given) という印を押捺する (13/1/4)。そして、訴訟部の印を押捺する (Part 3, 753)。これが判決の entering である。Queen's Bench Division におおては、これは判決を sign すると呼称される (13/1/4)。登録が済むとその場で訴訟部の係官は一通を綴り込み、他の一通は登録のために提示した当事者に返戻する (O. 42, r. 5 (4))。

5 原告勝訴欠席判決と被告

(イ) 裁判所は、相当と認めるときは、O. 13に基づき登録された判決を排除する (set aside) ことができ (O. 13, r. 9)。すなわち、**防御意図通知懈怠の判決の場合もこれを排除することがありうる**。⁽¹⁾

(1) *set aside* は、効力なしとして排除することであり、判決の排除に限るのではない。召喚令状の送達の排除もありうる (O. 12, r. 8 (1) (a))。この場合には、その後のすべての手続が——判決を含めて——排除されることもある。その実例をひとつ紹介しよう。

原告は、被告にイギリスで売却し引き渡した貨物の代金決済を求めするために特に裏書した召喚令状を発行した (一八八七年九月)。被告はフランスのポルドーに居住した。原告は、裁判管轄権の区域外にある被告に対する召喚状の送達の許可を原告限りで (ex parte) 申し立てた。その際、宣誓供述書において、知らずに誤って、被告はイギリス国民であると述べた。令状は一八八七年二月二四日被告にポルドーで送達された。被告の応訴なし。原告は一八八八年一月七日に被告有責の判決をサインした (登録した)。原告はこの判決を基とする手続をフランスの裁判所で行った。被告は、この判決及びこれを基とする手続を排除することを求めて出訴した (summons)。Master の前で審尋 (hearing) が行われ、原告がそこで被告がイギリス国民でないことを認諾した。Master は申立てを棄却した。被告は Judge にアピールした。Judge は合議体 (the Court) に事件を託した (refer)。当時、O. 11, r. 6は、「被告がイギリス国民でないときまたはイギリス領土 (dominion) 内になく、令状そのものではなく、令状の通知が彼宛に送達されるべきものとする」と定めていた。本件令状の送達は、たんに不適法 (irregularity) であるに止まらず、無効 (nullity) であり、令状の送達を許可した指令及びその後の後統のすべての手続は排除されなければならないと判示された (フィールド判事は「手続は void ab initio——当初より無効」と述べている)。

(ロ) 判決は適法 (regular) である場合と不適法である場合とがある。また判決が無効である場合もある。⁽¹⁾

(一) 死者または準拠法によれば解散したもしくは存在しない会社に対する送達の承認の懈怠に基づく欠席判決が登録されたときは、この判決は無効であり (null and void) 裁判所がこれを知ったときは、利害関係人を聴問したうえ、職権で (of its own motion) 当該判決を排除する (13/9/4) (銀行が不存在であったケースについて) Lazard Brothers & Co. v. Midland Bank Ltd. [1932] 1 K. B. 617 及びこれを支持した [1933] A. C. 289 参照)。

(ハ) 防禦意図通知懈怠判決が不適法であるときは被告はこの判決を正義の要請 (ex debito iustitiae) から排除してもらう権利をもつ (Antaby v. Praetorius (1888) 20 Q. B. D. 764. 應訴期間徒過前に防禦陳述書の交付懈怠に基づく判決登録をしたケース) (偶然の書を損じ脱漏はこれを訂正である。Armitage v. Parsons [1908] 2 K. B. 410, C. A.)。

防禦意図通知懈怠判決が適法であるときでも、被告がその排除を求めることができないわけではない。欠席判決は本案の判決ではない (Oppenheim v. Mohomed [1922] 1 A. C. 482)。被告は本案の防禦をすることができ、そのためには、しかし、本案に関する防禦の根拠になる事実を供述する宣誓供述書を提出しなければならず、提出しないときは判決は排除されない (Farden v. Richter (1889) 23 Q. B. D. 124)。

送達 (O. 10. r. c) が実施不能でないのに実施不能と偽って代用送達の申立てをしその指令を受けその指示する方法により代用送達を実施しもって防禦意図通知懈怠の状態を惹起させ、これに基づき防禦意図通知懈怠欠席判決を登録したときは、この判決は (法律上当然に無効であるということになろうし、かりにそうでないとしても) 不適法であるとしてその排除を被告は求めることができるであろう。

5 まとめ

(イ)日本の公示送達にもつとも近いものは裁判所が指示した方法による送達をした旨を新聞紙(二紙の例が多い)に広告するという代用送達である。代用送達の方法は、被告に渡る蓋然性の高い者に送達しその旨を広報により被告に知らしめるものである。だから、送達を受けた者からの情報と広告からの情報とが被告に達する可能性がある。被告の懈怠の可能性はその限度でより小さくなるであろう。

(ロ)代用送達の要件のうちに正規の送達が実施不能であることというのがある。この要件が欠けている場合にこの要件が存すると原告が申し立てることは、宣誓供述書に偽りを記載することである。これはかなりやりにくいことである。¹⁾

(一)宣誓供述書に偽りを記述すること (false statements on oath) は、偽証 (perjury) とは呼称されなく (Jovitt's Dictionary of English Law, 1977, False swearing) が、偽証法 (Perjury Act, 1911) により可罰のものとして扱われている (section 2, (1), 七年を越えない禁固または罰金またはそれらの併科)。

(ハ)かりに、まふまふと代用送達の指令を得て、指令の中で指示された方法で代用送達を実施し、被告がその責めに帰すべき事由なくして送達を知らず、その結果として、防御意図通知をすることができず、通知期間の徒過ということになり、原告が防御意図通知懈怠判決を登録するに至ったとしても、被告は、代用送達の指令の排除と右懈怠判決の排除を求めることができる。

おわりに

フランスでは、偽の住居所に宛てた召喚状の送達は、名宛人に帰責事由がないときは、原則として無効であり、(これ

につづく別の方法による送達も無効となり、それは被告の防御権を害するものであるから、主張されれば裁判所はその無効を宣言し、この送達の無効は第一審の判決の無効をもたらずから、裁判所は判決の無効を宣言することになる(一五(ハ)(二))。

イギリスでは、偽りの住居所等に宛てた送達が実施不能となつて代用送達がなされた場合には、名宛人にこれにつき帰責事由がないときは、召喚令状の送達も、これに続く第一審判決も、申立てにより排除される(二五(ハ))。

西ドイツでは、前稿(「はじめに」をみよ)において見たように、送達名宛人の住所を公示送達申請人が知つていながら判決の公示送達がなされた場合、そのことにつき詐欺罪として有罪の確定判決があつたのではないときは、上訴の追完を判例は認めていない。しかし、判決の騙取により獲得したところの法的地位をその地位に基づく権利行使を認めないことによつて否定する。

これらを比べると、被告を救済する方法にちがひがある。このちがひをどう理解しどう評価すべきか。こういう問題を次に考えなければならぬであろう。この点の検討は別稿において行う。