



HOKKAIDO UNIVERSITY

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 ー前編ー
Author(s)	小山, 昇; KOYAMA, Noboru
Citation	北大法学論集, 38(5-6下), 355-402
Issue Date	1988-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16613
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(5-6)2_p355-402.pdf



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

— 前編 —

小山 昇

- はじめに
- 一 救済の条件
- 二 救済の方法
おわりに

はじめに

1 民事司法は私人間の法的な争訟を適正に処理することによって国民に奉仕するものであるととらえることができる。司法権を担う裁判所はこのような公役務を適正に遂行すべきものである。民事訴訟においては、当事者に主張立証の機会を公平に与えるということが適正な手続であるための重要な要件である。

2 原告が、被告の住所を知らながら、住所が知れないとして公示送達の申立てをし、裁判長が公示送達の許可をし、公示送達により判決が送達され、その後上訴期間が徒過された、という場合には、——許可が手続法上已むをえないものであつても——被告はあらためて訴訟における主張の機会を与えられるべきであると考ええる。では、被告がその機会を与えられるために、被告にはいかなる手段が法律により与えられているか。これを研究するのが本稿の目的である。

3 考えられる現行手続法上の手段としては上訴の追完と再審の訴えとがある(実体法上の手段は別に考える)。上訴の追完のみが許されるという解釈、再審の訴えが許されるという解釈(これについては、民訴四二〇条第一項第三号の事由に該当するという解釈と同条項第五号の事由並びにこれを主張する要件が存在する場合に限るという解釈とがある)、上訴の追完と再審の訴えのいずれも適宜に許されるという解釈、がある。これらの解釈の比較検討が十分に詰めてなされているか。そうであるとはいい難い。本稿はその未済の部分埋めてみようとする。本稿は私見によつて右の補填をしようとするのではなく補填のための作業経過を報告することによつて同学の士に多少の貢献をすることを狙うものである。作業経過の報告の性質から本稿はいささか長いものとならう。

4 当事者に訴訟において主張立証の機会を保障することは司法の命である。民事裁判の手続においてこれを欠くと

きはその裁判はその存在を奪われるべきである。再審事由はこれを欠くと評価される場合を列挙しているとみられる(その他の視点からの再審事由は別とする)。してみれば、再審事由を検討することは右の司法の命がなんであるかを検討することになるはずである。本稿の研究はこのような検討の一環をなすものである。具体的な個別の事例の研究の積重ねが右のような検討に必要なことであろう。

5 本稿においては以下の判例を素材としている。①大判明治三三・一〇・一〇民録六輯九卷三八頁、②大判明治三六・二・二
三民録九輯二一六頁、③大判明治三九・一〇・八民録一二輯二二〇八頁、④東京控判明治四一・六・二七新聞五二〇号一五頁、⑤
大判大正三・四・二二民録二〇輯三〇五頁、⑥東京地判大正六・三・九評論六卷民訴七二頁、⑦東京控判大正一四・六・二四新聞
二四四四号一二頁、⑧朝鮮高等法院判昭和九・一一・六評論二四卷民訴三二二頁、⑨大阪控判昭和一〇・一一・二三新聞三九五二
号七頁、⑩大判昭和一〇・一一・二六民集一四卷二二二九頁、⑪東京控判昭和一六・三・一四新聞四六九八号一五頁、⑫大判昭和
一六・七・一八民集二〇卷九八八頁、⑬東京高判昭和三五・一〇・三東高民時報二一卷一〇号民二四四頁二四五頁(民二四四頁は
同卷九号にもある)、⑭最判昭和三六・五・二六民集一五卷五号一四二五頁、⑮長野地判昭和三九・八・二五時報三九〇号四二頁、
⑯札幌地判昭和四一・二・二五タイムズ一八九号一四〇頁、⑰大阪高判昭和四一・三・三〇下民集一七卷三・四合併号二〇三頁、
⑱東京高判昭和四一・一一・三〇東高民時報一七卷一一号二五九頁、⑲最判昭和四二・二・二四民集二一卷一号二〇九頁(原審判
決は大阪高判昭和四一・四・二〇下民集一七卷三・四合併号三三四頁)、⑳大阪地判昭和四四・五・三〇タイムズ二三八号二四四
頁、㉑東京地判昭和四四・一一・四タイムズ二四四号二六〇頁、㉒東京高判昭和四五・一二・二六タイムズ二六〇号二八八頁、㉓
東京高判昭和四八・九・五時報七二二号三三頁、㉔東京高判昭和四九・六・一八時報七四八号五七頁、㉕東京高判昭和四九・一〇・
八東高民時報二五卷一〇号一六二頁、㉖大阪地判昭和五一・八・一〇金融商事五三一号四三頁、㉗名古屋高判昭和五二・五・一七
時報八六八号五四頁、㉘横浜地判昭和五三・九・六時報九三八号九三頁タイムズ三七七号一四二頁、㉙東京高判昭和五四・一・三

一時報九二四号六二頁タイムズ三八七号六九頁、^{③〇}最判昭和五四・七・三一時報九四四号五三頁タイムズ三九九号一二六頁—原判決は名古屋高判昭和五三・一〇・三一時報九二四号七三頁タイムズ三七三号七三頁、^{③一}東京高判昭和五五・六・一六時報九七二号三四頁タイムズ四二四号一〇〇頁、^{③二}東京高判昭和五五・一二・二五タイムズ四三六号一二六頁、^{③三}最判昭和五七・五・二七時報一〇五二号六六頁タイムズ四八九号五六頁、^{③四}大阪高判昭和五九・一二五タイムズ五二六号一五八頁、^{③五}大阪地堺支判昭和六〇・六・二六時報一一七三号九〇頁、^{③六}東京高判昭和六〇・一一・二五時報一一七六号九七頁、^{③七}東京高判昭和六二・一・二二時報一二二七号四九頁。

一 救済の条件

1 被告の住所を知らながら被告の住所を不明であると偽って公示送達の申立てを原告がした場合(以下においてたんに不実の申立てという)においては、裁判長は公示送達の申立てが不実であるか否かを知る由もない。被告の住所不明は公示送達の許可の要件であるから、裁判長は被告の住所の明否を判断しなければならない。このことの判断のために必要な事実を収集する作業は申立人がするか裁判所側がするか。申立人は自分の訴訟を進行させるために——信義誠実の原則に従って——これをなすべきであり、裁判所は手続の適正な進行という公役務の遂行のために(民訴一七八条第二項参照)これをなすべきである。すなわち、手続が進行することに利益を有する申立人が必要な事実を収集して裁判長に提出すべきであることはとうぜんであるが、申立人が収集した事実でもって送達名宛人の住所不明と判断するのに足りないときは——足りる足りないの基準は別として——裁判長は職権で必要な事実を収集すべきものであろう。不明であることの合理的な根拠を示すことを申立人のみの負担とすることは適当でない。他方、私人の住所を探求することを裁

判所のみの負担とすることは適當でない。

2 送達名宛人の送達場所の明否を裁判長が判断するに当たっては、どんな事実がどのくらい収集されれば足りるか、それらの事実から住所不明と判断することが許されるか、という問題があるが、これらの問題を裁判長がその裁量により処理することが許されていると解するのが相当であろう。ただし、その意味はこのことにつき裁判長を羈束する法規が存しないということに止まり、したがって、判断形成の手續違背を理由として許可の効力を否定する（無効・取消し）ことができないのに止まる。この意味において、公示送達の許可命令に対して独立して、不服申立をすることはできない。公示送達によりともかく手續を進行させて、公示送達により主張立証の機会を与えられなかったことが生じたときに必要があれば救済を与えれば足りるとすることは、手續の進行を滞らせないことと主張立証の機会を保障することを調整するものである。

3 判例においては、一度も通常の送達を試みないで公示送達を終始実施した場合（判例⑪）も、被告の所在につき調査せず被告の住所を看過して別の住所を判決書に表示し判決の送達不能の結果になったので公示送達を許可した場合^①も、不実の申立てに乗せられて公示送達を許可した場合も、送達自体を無効とはしていない^②。無効でないということ^③は、公示送達を基礎として進められた手續を、ひいてはその手續の終点に位置する判決を、当然無効とはしないということに止まるものであろう。つまり、公示送達を受けた者が後に当該判決のたとえば取消しを求めることができる場合がありうることで否定するものではない。^④公示送達自体を無効とはしないということは手續の進行を安定させることを目的とするものである。この趣旨からすれば公示送達の許可の取消しも——公示送達の効力の発生（民訴第一八〇条）の時は——認められないということにならう。

(1) 判例⑰は問題になる事実を許可の要件事実の欠如ととらえたうえ、しかし、裁判長の許可に基いてなされたということをも根拠にして、無効の送達であるとはいえない、と述べている。

(2) 判例⑱及び判例㉓。⑱はこの場合には「裁判長の許可がなされた以上申立当事者につき刑事上の犯罪が成立し、または民事上損害賠償の責を免れないことは別として、右の公示送達の手続は有効といふべきである」と述べる。㉓は「公示送達に関する当事者の申立が裁判長により許可された場合においては、公示送達の要件に欠けるところがあつたとしても、右許可に基づいてなされた公示送達は有効であると解するのが相当である」ということを一般規範として（前掲判例⑰もこれを一般規範としている）、不実の申立てに乘せられた場合にこれをあてはめてゐる。

(3) 送達名宛人の住所が明らかであるにもかかわらず住所が知れないとして公示送達の申立てがあり裁判所もまた軽率にもこれを許容した公示送達を、違法とし、法律上当然無効と判断し、まだ判決の送達がないことになるから控訴期間を起算するに至らないとし、しかし、判決送達前でも控訴をすることができるのであるから、控訴は適法である、とした判例があることはある。判例⑨である。この考え方には先駆の判例があつた。それは判例①である。この判例は、不動産競落許可決定に対する抗告を棄却する決定の送達が公示送達によつてなされた場合において、公示送達申請人が送達名宛人の現住所を明知しながら虚偽の事柄を記載したことを理由に公示送達の違法無効を主張する再抗告があつた事案につき、正当でない公示送達の場合には原状回復の申立の手段によることができなるとし、「公示送達の無効したがつて該決定の送達なしという法状態を判例は観念したと解されるのであるが」、送達前でも抗告をすることができることから、抗告を適法とし、この抗告の手続において公示送達の有効無効の判断をすべきものである、という判断を示したのである。

(4) 判例⑮においては、不実の申立てに乗つた公示送達が訴状、期日呼出状、判決についてなされた事案につき、判決の無効の主張に対し、次のように述べる。「一旦成立した判決を当然無効なものとしてその効力を否認しようとすることは裁判制度の趣旨に沿わないものであるから、判決に手続上の瑕疵がある場合は上訴の追完、再審の訴など法律上認められた不服申立によつてその判決の取消を求めべく、右の手続を経ずに判決の無効を主張することは許されない。この理は当事者が相手方の送達場所を知りながら公示送達の申立をし裁判長を欺いてその許可を得、相手方の出頭を妨げて勝訴の確定判決を得るいわゆる確定判決の騙取の場合でも同様である」。

4 公示送達の要件が欠けているのに許可があつて公示送達がなされた場合でも、公示送達そのものは無効ではない、ということ容認するならば、公示送達の効果（たとえば、不変期間の進行）及びこれと連鎖する効果（たとえば、不変期間の徒過による判決の確定）を衰減させる手段を必要に備えて用意しなければならぬ¹⁾。ここで、どのような手段が適切であるかという問題に直面する。同時に、その手段を利用する資格をどんな場合に認めるかという問題が生ずる。以下において判例を素材としながら検討する。

(1) ちなみに、公示送達が適法に行われた場合にも、なお、場合によつては同様の手段を用意すべきかという問題がある。民事訴訟は原告と被告が主張・立証をすることを予定する。被告の所在が不明の場合でも、原告が裁判を受ける権利は保障されなければならない。つまり、訴訟手続を進めることができなければならない。そのためには、送達場所の不明の者に対しても訴訟書類の送達をすることができなければならない。その目的で公示送達の制度が存する。

公示送達は送達場所不明を前提とする制度であるから送達名宛人が送達書類の内容を知らないことを予定しその効力は知不知にかかわらず生ずる。通常の送達が送達名宛人が送達書類の内容を知ろうことを予定しているのとは異なる。知るであろうという予定もそれが外れることがある。送達名宛人が送達書類の内容を知るに至らなかつたときは彼は訴訟手続において自己の主張・立証の機会を失うことになることにつながる。この不利益は不変期間の徒過の場合に大きい。彼に帰責事由がないときに彼にこの不利益を負担させることは正しくない。これが訴訟行為の追完の制度が存する根拠である。公示送達の場合には知らないであろうとの予想が外れることがあつてもそれは送達名宛人が送達書類の内容を知つたといふことであつて彼の不利益ではない。そこで、公示送達の場合一知らないことを予定してそのとおりになつた場合一には訴訟行為の追完の制度を適用する余地がないのではないかという問題がありうる（②参照）。

この問題はすでに旧法時において意識された。旧民訴一七四条二項は「原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ亦之ニ原状回復ヲ許ス」と規定した。この「送達」に公示送達は含まれないのではないかという主張があつた。これに対し判例③⑤は特に公示送達を除外すべき理由はないと答えていた。

すなわち、公示送達が適法に行われた場合においてもなお救済が必要な場合があるのである。そして、その救済方法が原状回復（追完）であると考えられた。しかしこのことは正当でない公示送達の場合にはあてはまるものではないと考える余地がないではなかったのである（判例①参照）。

ちなみに、適法な公示送達を知らなかったことにつき帰責事由がないといえるか否かの判断をするに当たっては、送達場所不明の場合の送達と送達場所においてなされた送達とにおいて、異なる配慮が必要であろうという問題が存するのであった。

5 右の手段を利用する資格をどんな場合に認めるかという問題を先に取り上げよう。まず、公示送達を知らなかったの一事をもつて右資格を認めるわけにはいかないであろう。^①公示送達によつて送達名宛人がその内容を了知することは事実上ほとんど期待できないと見られており（③⑥参照）、了知されないことを前提として公示送達制度が存在するからである。このことは送達場所を明らかにしておくことが訴訟制度を利用すべき者の責務であること、つまり公示送達に至らないように配慮する責務があることを前提とし、この責務を果たさないものは公示送達もたらす自己に不利益な結果を甘受すべきであるという評価が存することを意味するものと思われる。そこで、送達場所を明らかにしておくということはどういうことをすれば足りるか、明らかにしておくか、明らかにしなかつたことによりいかなる不利益を被るか、これを考えるべきであろう。

（1）判例⑩⑪はともに第一審判決の公示送達を知らなかつたというだけで控訴の追完が許されるものではないとし、⑫は特別の事情がない限り許されるとし、⑬は知らないことにつき過失あるを要するとする。ただし、外国においてなすべき送達が外国における住所不明のゆえに不能となり公示送達がなされた場合には、公示送達申立人が外国における住所を調査することが實際上困難であることとの兼ね合いもあつて、特段の事情のない限り公示送達を知らなかつたの一事でもつて救済され

てしかるべきであるというべきか(14)(8)参照)。

6 《當事者ノ住所、居所其ノ他送達ヲ為スヘキ場所カ知レサル場合に公示送達がなされる(民訴一七八条)。今日では人の住所は人が住民基本台帳法を遵守する限り知りうるものとなる。すなわち、同法の定める転入・転居・転出の届出をすれば現住所及び従前の住所が住民票に記載され、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して住民基本台帳が作成され、この住民基本台帳の閲覧を何人でも市町村長に対し請求することができる。ある人の過去の住所を知っておれば、その住所の存する市町村のその人の住民票にはその人の戸籍が記載されているからその戸籍の附票によりその人の現在の住所を知ることができる。

これらの届出を正当な理由がなくてしない者、これらの届出に関し虚偽の届出をした者は過料に処せられることになっている。ところが実際には届出をしない者や虚偽の届出をするものが少なくない(31)(32)(34)(37)。このような場合には、人の住所は、住民基本台帳または戸籍の附票によって知ることができないものではないものとなる。

人は、住民基本台帳法に基づく届出を怠らず届出住所に居住するときは、公示送達されることはないと考えることが、特段の事情のない限り⁽¹⁾、許されると考える(19)の原判決参照)。すなわち、公示送達があつても、それによる不利益を被ることはない⁽²⁾とすべきであろう(30)参照)。つまり、それにより訴訟手続上の権利を失う(失権)ことは全くない⁽³⁾とすべきであろう。このことは送達場所を追求する調査の十分不十分とかかわりのないものであろう。

(1) 人の生活において他の人との間になんらかの権利義務が発生する関係に入るときには住所を互いに明らかにするのが通例である。最初に知った住所がその後変更されても戸籍の附票に現在の住所が記載され(住民台帳一七条)、戸籍は最初に知った住所における住民票に記載されているから(住民台帳七条)、現住所を知ることができるのである。転籍していても、転籍に関する事項は戸籍事項欄に記載されるから(戸籍規則三四条)、転籍地を知ることができ、転籍地の戸籍の附票を見る

ことができるのである。こうして、権利義務関係が発生する関係に入っていながらも住所を知らないというのはあつても例外である。もつともこの例外の存在は考えられないわけではない。他人の自動車を借りて走行中にひき逃げをした者についてはその氏名を明らかにすることができたとしてもその人の住所をひき逃げのとき（損害賠償請求権発生の時点）において知っているわけではない。この場合には右に述べた方法をとるために必要な最初に知った住所というものがないのでその人の現住所を右に述べた方法によつて知ることはできない。他の方法によるほかはない。他の方法によつても住所が知れない場合がありえよう。このような場合が特段の事情に該当するであろう。

(2) たまたま訴訟係属を知つたときでも届出住所に送達があることを予想することがとうぜんであろうから、公示送達を知らなかつたことによる不利益を被らせるべきではない。

(3) 訴訟手続上の権利（たとえば上訴権）を失うことがない以上その権利を行使することができる状態を作らなければならぬ。その状態とは訴訟係属である。訴訟係属をもたらずにはどうすればよいか。後にこの問題をとりあげる。

7 住民基本台帳法に基づく届出を怠るときまたは虚偽の届出をしていたときは、逆に、かならず公示送達による不利益を甘受すべきものであるのか。そうであるというわけにはいかならないと思われる。調査などにより住所を知りえて公示送達をすべからざる場合に当たつる場合がありえて、このような場合には公示送達による不利益をとうぜんに甘受すべしとはいえない。

住民基本台帳法の定める届出がない、または届出に虚偽がある場合にはつねに人に送達場所が知れないということとはできない。当該訴訟事件に関連する出来事の際に住所・送達場所を知る機会があるわけで、この機会に知つたときは人の送達場所が知れたるものとなるのである。出来事は、法的なものと事実上のものとに分けられることができる。前者の例としては、訴訟の両当事者がかつて家事調停に出頭して顔を合わせたこと（34参照）。この事案ではこの機会にも住所は明かされなかつた）、当該訴訟の係争物件につき登記があつてこれによつて送達名宛人の住所を知つたこと（36参照）、当該賃貸借訴訟事件に関し送達名宛人が賃料を供

託して供託書にその住所が記載されていること（③④参照。事案では住所の記載は虚偽記載であった）をあげることができる。後者の例としては、送達名宛人と連絡をとる手段があった場合（⑦⑧⑨⑩参照）、送達名宛人が所轄郵便局に転送依頼をしていた場合（⑪）の原判決参照。ただし事案においては、転送先宛の郵便による送達が試みられたが「転居先不明」の理由で差出裁判所に返戻され送達不能に終わった、近隣者に転居先を告げていた場合（⑬参照。ただし事案は近隣者にも転居先を告げなかったケースである）があげられる。

8 ところで人が自分の住所（その他送達を受くべき場所）を他の人が確認することが不可能な状態にすることがある。いわゆる行方をくらすということである（⑮⑯⑰⑱⑲）。それは住民基本台帳法の定める届出をしない、または虚偽の届出をしたそしてその上に相手方が送達場所を知る機会を他にもちえない状態をつくったということである。行方をくらすにはかならず動機・理由がある。それが当該訴訟事件の相手方に関係のないものである場合と、まさにその相手方に対して行方を知られないことを狙った場合とがある。後者の場合には、狙いが当たった結果として公示送達がなされたときは、公示送達の結果被るべき不利益を甘受すべきであつて、もつとよく調べれば住所を知りえたはずであるという主張は排斥されるべく、失われた訴訟手続上の権利を回復させるべき余地はないと解すべきである。これが原則である¹⁾。これは送達場所の追求の調査の十分不十分が問題となる余地のない場合である。たまたま住所が発見されて公示送達を免れてもそれは全くの偶然である。

(1) ある事案を原則に当たると解すべきか例外と解すべきかが問題となる場合がありうる。協議離婚の夫が離婚無効を主張して復縁を迫り執拗に暴行脅迫を加えるので身をくらし妻に対し離婚無効確認の訴えを起した夫の申立てに基づき許可された公示送達により被る妻の失権は例外的に回復されるべきものであろう（⑳参照）。

当該訴訟事件の相手方に対する関係でその権利の行使を妨害するまたは困難にする意図で行方を晦ました場合は当然のことながら原則に当たると認められる(⑬⑭⑮参照)。認知請求事件の原告から認知を迫られていたという事情は原則に当たることを覆すものではない(⑲参照)。

多数債権者の追及を避ける意図でもって行方を晦ました場合であっても、その反射として当該訴訟事件の相手方が送達場所を確認することができず公示送達に至ったときは、原則が適用されると評価すべきであろう(⑳㉑㉒参照)。当該訴訟事件と関係のない他の債権者の追及が脅迫を伴うものであるときでも、右の結論に変わりはないであろう(㉓参照)。

9 人が住民基本台帳法の定める届出を怠らず届出住所に居住する場合及び人が住民基本台帳法を遵守せずその居住場所を秘匿する場合を除くその他の場合について考えよう。この場合については、調査をすれば送達場所が判明する場合と調査をしても判明しない場合とに分けることができる。ところでこの調査についてはなに者がなにをどの程度調査すれば足りるかという問題がある。

判例に現われた限りでは実際には下記のようなことが行われている。受訴裁判所は、警察署に所在調査を囑託したり(㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚)、かつて当事者間に家事調停があった場合には当該家庭裁判所に所在調査を囑託したり(㉛)、訴状記載のまたは上申された送達場所に送達を試みたり(㉜㉝)している。公示送達申立人は、あるいは住民票・戸籍の附票その他によって住所を調べ(㉞)、あるいは住民票記載の住所に書留内容証明郵便を出し(㉟㊱㊲)、あるいは転出先の届出の有無を調べ(㊳)、あるいは転出予定先に居住しているか否かを調べ(㊴)、あるいは、相手方が住んでいたことの明らかな旧住所に宛ててあるいは訴状を送達し(㊵)あるいは書留内容証明郵便を出し(㊶)、あるいは最後の住所に居住しているか否かを調べ(㊷)、あるいは相手方がかつて居住していた建物に現に居住しているか否かを調べ(㊸)ている。実務では公示送達申立書に住民票謄本と所在調査報告書を添付する。

この調査の質及び量の問題は公示送達の有効無効に関係せしめられてはいない(前述2及び3)。しかし、この問題は

公示送達を知らなかったことにつき帰責事由があるかないかの問題に関係せしめられている。抽象的には、通常の調査方法を講ずれば容易に住所を知ることができた場合には、住所が知れないという要件は満たされないが、かといってなされた公示送達が当然無効であるのではなく、公示送達を知らなかったことにつき責めを問うことはできないと扱われている（⑩参照）。

具体的には下記のような例がある。

訴状がA地七四番地に送達され、最終口頭弁論期日の呼出状はB地に送達されたが、第一審裁判所が判決書にA地七九番地と表記したのでそこに宛てて判決を郵便により送達したところ送達不能となったので公示送達の申立てがありその許可があった場合には、公示送達を知らなかったことについては訴訟係属を知っていたけれども過失はない（⑪）。連絡先を明示した内容証明郵便を差し出した者に公示送達をした場合には公示送達を知らなかったことに過失はない（⑫）。民生委員が住民票記載の住所に居住しないことを確認することなく安易に発行した不在証明書に基づき公示送達がなされたときはこれを知らなかったことに過失はない（⑬）。本籍地に終始変動がなく住民基本台帳法に基づく届出を怠らず届出をした場所を住所としていた者に公示送達をしたときはこれを知らないことを責めることはできない（⑭）。

公示送達を知らなかったこと自体については過失を問うことができない場合について、訴えの提起を知っていたとき公示送達を予想すべきであつて公示送達の有無に注意を払わなかったときはその不利益を甘受すべきであるという考えかたがありうる。公示送達申立人の調査不十分と送達名宛人の送達への関心の不十分とを調整するかのようである。

公示送達申立人に差し出された内容証明郵便に連絡先が明示されていたにもかかわらず公示送達を申し立てて公示送達がなされた場合には、送達名宛人が訴えの提起ないしは判決の言渡しを知っていたまたは知らないことに過失があつたのでない以上、送達名宛人の控訴期間不遵守は責に帰すべからざる事由による（⑮）。判決言渡前に送達場所が知れたが判決が公示送達により送達

された場合においても、すでに訴えの提起を確知していた送達名宛人の控訴期間の不遵守は責めに帰することにできない事由によるものとはいえない(30)。訴訟係属を知っていた場合でもなお過失がないとする例(17)(20)もある。17においては、居住地の奈良市を管轄する裁判所以外の大阪地方裁判所において公示送達がなされたことをしんしゃくしている。20においては、訴状・呼出状の送達が現実になされていたのでその余の送達も同じようにされるであろうと信じていたことがしんしゃくされている。

このようにして「責二帰スヘカラサル事由」(民訴一五九条一項)の存否の評価は公示送達申立人に存する調査の不十分と送達名宛人に存する送達への不注意を比較衡量して総合的に行なうという傾向が見える。しかし、訴提起の確知は、調査不十分のままなされた公示送達を知らないことを有過失とするものではなくて、帰責事由なくして公示送達を知らなかつた場合になお訴訟行為の追完を許すことを阻む事情であると位置づけるべきであり、かかる事情の存在については公示送達申立人がこれを主張・立証する負担を負うべきものであろう。

訴えの提起がなくても紛争の状態から訴えの提起が予想される場合にも公示送達を予想すべきであつて公示送達の有無に注意を払わなかつたときはその不利益を甘受すべきであるという考えかたがありうる。

ただし、実際には公示送達を予想できなかったことが認められたのは住民基本台帳法を忠実に遵守していた場合であり(36)、予測できたはずであると責めを問われたのは行方を晦ました場合である(31)(37)。

右に紹介した考えかたは右のような場合にのみ有用である。しかし右のような場合には予想・予測の有無を待つまでもなく問題を処理することができるのである(前掲6及び8)と思う。

この考えかたは、送達名宛人が訴提起を確知していた場合と異なり、公示送達申立人の調査不十分の結果として送達名宛人が享受すべきところの——「責二帰スヘカラサル事由」により知らなかつたために訴訟行為を追完することができる——利益を阻却するために応用することは適当ではないであらう。

通常の調査方法を講じてなお送達名宛人の住所を知ることができなかった場合はどうか（送達名宛人が故意に行方を晦ました場合—8をみよ—を除く）。公示送達申立人に責めるべき事由はない。では送達名宛人は公示送達の不利益を甘受すべきか。抽象的には〈原告ニ責ムヘキコトノ之ナキヲ以テ直チニ被告側ニ過失アリト謂フヲ得〉ない（⑥）。通常の調査方法を講じてなお住所を知ることができない状態が生ずるに至った原因が、送達名宛人に存する場合とこの者に存しない場合とが⁽¹⁾あろう。後者の場合には公示送達の不利益をその者に負わせるわけにはいかないであろう。しかしその場合においてもなお送達がありうるという事情について予想すべきであったという場合と予想することを期待することができないという場合がありえよう。そして前者の場合について、送達が予想できたから公示送達も予想できたはずであるという場合と、送達は予想できても公示送達まで予想することを期待することはできないという場合⁽³⁾とが⁽²⁾あろう。

- (1) 間借先の家主のような第三者が勝手にまたは気をきかして住所不明と答えたため送達不能になったような場合には公示送達は已むを得ないがこれを知らなかったこともまた已むを得ないということになろう（⑪⑫参照）。
- (2) たとえば訴訟係属を知っていた場合である。
- (3) ⑫の事案を名宛人の所在不明の状態の原因が名宛人に存しない場合であると想定した場合がこれにあたる。

二 救済の方法

1 不実の申立てに基づく公示送達の場合に限定して（はじめに。2）、送達名宛人に訴訟での主張・立証の機会を回復させるために判例がどういう手段を認めてきたか。まずこれを見よう。

(イ)判例①は不動産競落許可決定に対する抗告を棄却する決定が不実の申立てに基づき公示送達された事案につき抗告という手段を認めた。その理論構成は人の関心を惹くものであるので引用する。

〔民事訴訟法第七十四条第一項ニ「天災其他避ク可カラサル事変ノ為メ不変期間ヲ遵守スルコトヲ得サル原告若クハ被告ニハ申立ニ因リ原状回復ヲ許ス」トアリ其第七十六條第二項ニハ「即時抗告ノ提出ヲ懈怠シタルトキハ原状回復ノ申立ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ為シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ之ヲ為スコトヲ得」ト規定シアルニ依レハ抗告ニ付キ原状回復ノ申立ヲ為ス可キ場合ハ正当ナル送達ヲ受ケタルモノニシテ天災又ハ其他避ク可カラサル事変ノ為メニ不変期間ヲ遵守スルコトヲ得サリシトキニ限ル可キモノニシテ本件抗告人申立ニ依レハ正当ノ送達ナク其期間ヲ知ル能ハサリシモノナルニ付キ此場合ニ於テハ原状回復ノ申立ヲ為スヘキモノニアラス其第七十四條第二項ニ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニアラスシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ場合ニモ原状回復ノ申立ヲ許スノ規定アルモ此規定ハ該法條ニ明示スル如ク故障期間ヲ懈怠シタル場合ニノミ適用ス可キモノニシテ他ノ場合ニ準用ス可キ規定ニアラス而シテ抗告ノ手続ニ付テハ原決定ノ送達前ニ之ヲ為スヲ許ササル特別ノ規定ナキヲ以テ送達前ト雖モ之ヲ為スヲ得可ク本件ノ如キ場合ニ於ケル訴訟手続ハ他ニ其規定ナキニヨリ此場合ニ於テハ抗告ノ前提ニ公示送達ハ違法ニシテ無効ナリトノ事實理由ヲ弁明スルハ必要ニ付キ抗告人カ之ヲ原状回復ノ申立トシテ提出スルモ即チ之ヲ抗告ニ付テノ不変期間ニ関スル弁明ト看做シ其当否ヲ判断ス可キモノタリ……〕

この判旨は不実の申立てに基づく公示送達は無効であると考えている。すると送達はないに等しい。すると不変期間は走り出さない。走らない不変期間は知るよしもない。このような考え方のようである。しかし、放置するわけにはいかない。かといって、適用すべき法規が欠けている。こうして、右抗告棄却決定に対する抗告という手段を認めたのであった(しかも、原状回復の申立てを抗告の申立てとして受けとつたのであった)。これは実質的には抗告の追完である。そしてこの追完する訴訟行為たる抗告により開始される訴訟手続に冒頭において公示送達の無効を主張し(不変期間ニ関スル弁明)をする機会を認めたのである。これは

不実の申立てに基づく公示送達からの救済の手段は上訴行為の追完であるとする説の先駆とみるべきか。前述(一)3注(3)のように、判例⑨は判例①の思想を受継している。なお、原状回復の申立ての制度は正当な——実質的な要件も具備した——送達を前提とする点も注目し値する。

(ロ)判例④は、不実の申立てに基づき訴状から判決に至るまで公示送達がなされた事案において、原状回復の訴えにより再審を求めたのに対し、これを却下した。再審原告は不実の公示送達により自分に利益な証書を提出する機会を失わしめられたことは原状回復の訴えが許される事由たる旧民訴四六九条一項第七(相手方若クハ第三者ノ所為ニ依リ以前ニ提出スルコトヲ得サリシ証書ニシテ原告若クハ被告ノ利益ト為ル可キ裁判ヲ為スニ至ラシム可キモノヲ発見シタルトキ)に該当すると主張した。判例④は、(原状回復の理由を主張するには前訴訟において提出すること能はざりし或利益なる証書を新に発見したること及び相手方又は第三者が前訴訟に於て故意に其提出を妨害したことを主張せざるべからず)という大前提に立ち、再審原告の主張は(前訴訟に於て提出すること能はざりし或利益の証書を新に発見したりと云ふにあらざ)また不実の公示送達の申請は(應訴を妨害するの目的に出でたるものと云ふを得べきも之をもって或証書の提出を故意に妨害したるものと云ふを得ず)と答えた。應訴妨害は当然に証書提出妨害を含む。判例④は提出を妨害された証書を具体的に特定することが必要であると考えたのであろう。では、包括的な應訴妨害から救済されるべき手段はなにか。判例④はこれを示していない。第七号のみが主張されたので第七号に該当するか否かのみ答えれば足りると考えたのであろうか。再審の訴えの訴訟物はなにかという問題にも関する判例である。

(ハ)判例⑥は欠席判決が不実の申立てによる公示送達により送達された事案につき、原状回復の申立ての手段を認め故障期間の懈怠の効果を免れさせた。旧民訴一七四条二項(イ)をみよ)が公示送達の場合にも適用されることは判例③がすでに認めていた(一)4注(一)。(事案においては一四日の原状回復申立期間が徒過されていた)。

(二)判例⑦は、不実の申立てに基づき総ての訴訟書類が公示送達により送達されて判決が確定した事案につき、取消しの訴え

により再審を求めることを適法な手段であると認めた。再審事由としては旧民訴四六八条一項第四(訴訟手続ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ)に該当することを認めた。その理由を(蓋シ同号カ前訴訟手続ニ於テ訴訟當事者カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシ場合ト雖モ尚再審取消ノ訴ヲ認許シタル律意ニ鑑ミレハ本件ノ如ク訴訟當事者ノ一方ノ故意ニ基ク行為ニ因リ他方カ全然訴訟行為ヲ為スコトヲ妨ケラレ而モ不利ノ判決確定スルニ至リタル場合ニ於テハ前記法条ニ依リ取消ノ訴ヲ認許スルモノト解スルハ同条ノ律意ニ適合スル所以ナレハナリ)。法条の「律意」にフィードバックしてこれを事案にあてはめるといふもの考え方である。

(ホ)判例⑩は、寄留届を調査したら容易に住所がわかるはずであるのに公示送達の中立てがあり公示送達により訴訟手続が運ばれついに終局判決の確定を見た事案につき、この判決に対する再審の訴えに基づきこの判決を取消して再審被告の請求を棄却した一審判決及びこれに対する控訴を棄却した原判決とともに破棄して再審の訴え却下の自判をした。原判決は、(此ノ場合公示送達ニヨリ終ニ実質上訴訟手続ノ進行ヲ知ル能ハサルノ不利益ヲ負担セシムルハ社会ノ通念上其ノ者ノ為甚シク冷酷)であると評価し、民訴四二〇条一項三号の場合と(同一ニ論)ずべきものとしたのであった。しかし、大審院は、⑩(住所寄留ノ届出ヲ為シ居リシコトヲ認メ得ルニ止マリ果シテ現実当該寄留ノ場所ニ居住セシヤ否ヤハ不明ナルノミナラス)⑩再審事由は制限列举で(嚴格ニ解釈シテ決スヘキモノ)であるところ(確定判決ノ訴訟手続ハ法定代理人若ハ訴訟代理人ニ依リテ為サレシモノニ非ス從テ法定代理権若ハ訴訟代理権又ハ代理人カ訴訟行為ヲ為スニ必要ナル授權ノ欠缺アリタルモノトハ云ヒ得サルコト洵ニ明瞭)であるから民訴四二〇条一項三号に該当しないと判示した。寄留の場所に居住していなかったならば公示送達は適法であり再審の訴えの手段は認められないであろう。しかし、寄留の場所に居住していたらどうか。故意に不実の申立てをしたものではないからいわゆる判決の騙取にあたらず再審の訴の手段を認めることは困難であろう。そうすると理由⑩は不実の申立てに基づく公示送達を仮定した上での論であることになる。そのような論であるとしても、規範的意味内容が同様であると解されるところの旧民訴

四六八条一項第四と民訴四二〇条一項三号について、判例⑦及び判例⑩の原判決は目的解釈をしたのに対照的に、判例⑩が狭く文言解釈に徹したのが眼を惹く。

(ハ)判例⑮は、不実の申立てに基づき訴状・呼出状から判決に至るまで公示送達により送達された訴訟手続により処分禁止の仮処分の登記の抹消を命ずる判決があったという主張を前提としてこの判決の無効を主張して仮処分の登記の回復を請求する訴えが提起された事件につき、判決の当然無効を認めるべきでないと説き(一三注(4))。(この理は当事者が相手方の送達場所を知りながら公示送達の申立をし裁判長を欺いてその許可を得、相手方の出頭を妨げて勝訴の確定判決を得るいわゆる確定判決の騙取の場合でも同様であつて、この場合は民訴法第四二〇条第一項五号により再審の申立を許されるものと解する)との見解を示した。ただし、事案については、公示送達申立人がある住所地を送達名宛人の住所であると信じたことに(「少なからぬ根拠があつた」から判決の《騙取》にあたらないと判断した。しかし、判決の騙取にあたる場合にはいかなる行為が刑法上いかなる罪名にあたるのであろうか。菊井・村松「全訂民事訴訟法I」は詐欺罪が成立すると述べている(追補版九七三頁)。だが、どの点が「欺罔」であり、なかに「財物」または「財産上不法の利益」に該当するのか(大塚仁「刑法概説(各論)」二〇六頁注(五)、内田文昭「刑法各論」[第二版]三二三頁参照)問題が残らないわけではない。

(ト)判例⑯は、離縁判決に対する再審の訴えにつき、公示送達申立人が送達名宛人の住所を知らながら公示送達を申し立てて判決を得たのは民訴四二〇条一項三号にあたるという主張に対し、判例⑩と同様にこれを否定し、判例⑮と同様に民訴四二〇条一項五号の要件に該当する可能性を肯定した。事案については再審の訴えの除斥期間(民訴四二四三条三項)の徒過を判断した。判例⑯は判例⑩の理由⑥のほかに民訴四二〇条一項三号にあたらぬ理由として公示送達の手続が裁判長の許可がなされた以上有効であることと公示送達は受送達者の欠席により被ることがある不利益を予定していることを述べる。しかし裁判長が欺かれて許可をした場合には、許可を基礎とした公示送達の手続そのものを否定することはできなくても、そのことから生ずる失権を回復さ

せるのが正義であろう。この判例⑩は上訴の追完には言及していない。また公示送達はそもそも主張・立証の機会を失することを予定するものであるというものの、それは判例①がいうように、正当な公示送達があつた場合のことであつて、判決の騙取の場合も同様であると評価することには疑問が残るであろう。

(チ)判例⑩は、被告がその本籍地に居住しないで別の場所に居住していることを知りながら本籍地を被告の住所地と称して訴えを提起し受送達者の住所が不明であるとして被告に対する書類の送達につき公示送達の申立てをしたのに対し許可があり公示送達が行われ被告不出頭のまま審理判決がされその判決の送達もまた公示送達の方法によってなされたという事案について、被告が控訴の追完の手段をとつたことを適法なものと認めた(控訴を適法とし一審判決を取り消して請求を棄却した控訴審判決を支持して上告を棄却した)。応訴を妨害する故意・意図については論及していない。

(リ)判例⑩は、夫の妻に対する離婚請求訴訟において夫が妻の住所を知らず所在不明であるとして公示送達の申立てをし許可を得て離婚判決の送達も公示送達の方法によつた事案につき、控訴した妻が離婚判決の送達の無効と控訴の追完の適法とを主張したのに対し、許可に基づく公示送達は有効と解すると答え(一三注(二))、控訴の追完の適法を認めた。その大前提として判例⑩は(公示送達が適法になされたときに、受送達者がその事実を了知しないで不変期間を徒過したとはいへ、その不知につき過失がないものと認められる場合においては、その者のために訴訟行為の追完を許すべきものである)と述べる。そこで公示送達が違法になされたときは別のこととなる。ところで不実の申立てに基づく公示送達は適法か違法か。判例⑩は、事案を(公示送達申立人において相手方(訴において被告とされるべき者)の住所を知らずこれを不明であると称して公示送達を実施させた場合)に該当すると判断しながら公示送達が適法になされたとみている。判例⑩が公示送達を適法とする根拠は裁判長の許可に基づいたことにあるのであろう。公示送達申立の悪質性が裁判長の許可——許可することが已むを得ない場合であつても——によつて稀釈されて公示送達が適法となることに違和感を覚えなくてよいものであろうか。

(又)判例⑳は、アメリカ人夫の日本人妻に対する代物弁済による本登記請求事件について、妻のアメリカにおける住所を知らなから日本における別の場所を最後の住居と表示して訴状を提出し送達場所不明として公示送達の申立てをしたのに対し、許可がありその後公示送達の方法により審理が進められて判決に至りこの判決の送達も公示送達の方法によりなされたという場合につき、控訴の追完を認めた。認めた趣旨は判例㉑と同じである。判例㉒とニュアンスを異にする点は、夫が妻の住所を知っていたことを「推認」している点である。証拠からの認定はすべて性質上推認ではある。しかし、心証の程度に比例して不実の悪質性の程度に差が生ずることはありえよう。

(ル)判例㉓は、夫の妻に対する婚姻無効の訴えの手続が公示送達により進められ婚姻無効判決も公示送達により送達されて確定するに至ったので、妻が再審の訴えを提起し民訴四二〇条一項の三号、五号、七号の事由を主張したのに対し、五号、七号に基づく主張を不適法とし三号に基づく主張を適法とした。その議論の骨子は次のとおりである。㉔(当事者がその責に帰すべからざる事由で口頭弁論期日に出頭できず、攻撃防禦方法の提出の機会が与えられないまま判決され、その判決が確定したような場合も)三号の再審事由に該当する。㉕(再審事由の規定は、原則として制限的に解釈すべきものである)。㉖(過失なく公示送達を了知しなかったため、訴訟追行の機会が奪われたとしても、公示送達の制度が設けられている趣旨からして、これをもって直ちに同号の再審事由に該当すると解することは相当ではない)。㉗しかしながら(当事者が、相手方の送達場所を知っていながら公示送達の申立てをなし、又は、送達場所を知ろうとすれば容易に知ることができたのに重大な過失により知らずに公示送達の申立てをなし、公示送達を許可を得たうえ、勝訴判決を得たという場合のように、公示送達制度が本来予定していた実質的要件を欠くような場合にまで、過失なくして公示送達を了知しえず、そのため訴訟追行の機会が与えられなかった当事者に再審による不服申立てを拒むのは酷に失する)。判例㉘は以上のことを大前提としたのであるが、事案については再審被告が相手方の送達場所を知らなかったこと及び知らなかったことにつき重大な過失があったと認められないことを認定して再審請求を棄却した。控訴の追完という

論 說
手段については触れていない。判例⑩⑪とつきあわせるとき、法文の解釈方法の差異が興味を起す。

(ウ) 判例⑬は原告の主張によれば不実であるところの公示送達の申立てに基つき相手方不出頭のまま離婚・離縁の判決がなされこれらも公示送達の方法により送達されてこの判決が確定したのに対し民訴四二〇条一項三号に基つき再審の訴えが提起された事件についての判決である。第一審は再審の訴えを却下した。控訴審は(大阪高判昭和五六・一〇・八)控訴を棄却した。その理由の骨子は以下のようなものである。①公示送達の瑕疵によって判決が確定したという場合は右三号の規定に該当しないことが規定の文言上極めて明白である。②瑕疵ある公示送達手続によって確定判決がなされた場合の当事者に救済方法として上訴申立の追完という途が認められている以上更にその上に再審の規定の文理を甚だしく離れて解釈してまで再審の訴えを認めなければならぬ実質的理由は乏しい。理由③は判例⑩を踏襲した文言解釈でありこれには判例⑫の目的解釈が対立する。理由④は判例⑭と同様上訴追完という手段を認めるものである。しかし、判例⑭は不実の申立てに基ついたという瑕疵は存しないところの正当な公示送達がなされた事件であった。本件は公示送達が実際にはどういふものであったかは掲載誌からは明らかではない(原判決を筆者はみていない)。また、上訴の追完の途を示唆したのであるが、それならば再審の訴えとしては不適法であっても上訴の追完の申立てとして受けとつて手続をすすめることが公役務を行う機関のなすべきことであつたであろう。上告審たる最高裁は上告棄却の理由として「上告人の主張する事由は民訴法四二〇条一項三号の再審事由に該当しないとした原審の判断は正当として是認することができる」と述べるに止まつている。

以上見てきたところをまとめると、判例においては救済の手段として確定したものがまだ成立していないとみてよいであろう。それは追完の制度は正常な送達を前提とするものであつて不実の申立てに基づく異常な公示送達については別段の評価を下すべきであるところ、どういふ救済方法がこの別段の評価に見合うのかについていろいろなことが考え

られうるからであろう。

2 不変期間を遵守することができない場合は①期間の進行を知っていたが期間を遵守することができなかった場合と②期間の進行を知らないがゆえに期間を遵守することができなかった場合とにわけられることができる。①の場合については不遵守の原因が「責ニ帰スヘカラサル」ものであることが要求され、②は場合については不知の原因が「責ニ帰スヘカラサル」ものであることが要求される。^①②の場合は多くは不変期間の進行を始めさせる送達を知らなかったことであるが、その送達については送達名宛人が送達書類の内容を知ることが予想されている送達とそうでない公示送達とを区別することが有用である。本稿はこの公示送達を知らなかった場合を対象とする。

(1) 旧民訴一七四条は、不変期間の懈怠からの回復の条件を「天災其他避ク可カラサル事変」が懈怠の原因である場合に限った(一項)。ただし、故障期間(これも不変期間である——旧民訴二五五条二項)の懈怠の場合については右の原因のほかに「其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ」ことが懈怠の原因である場合とくに認めた(二項)。この送達には公示送達も含まれると判例③は解釈した(一四注(一))。欠席判決の制度(旧民訴二四六〜二四五条)は消滅した。しかし、当事者が不出頭のまま終局判決をすることは存続した。すなわち、故障の制度は消滅し上訴制度に吸収された。故障の制度の消滅により適法な故障により訴訟が欠席前の程度に復すること(旧民訴二六〇条)も無くなった。

旧法における「天災其他避ク可カラサル事変」による懈怠は本文の①の場合に該当し、「闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ」とは②の場合に該当する。現行一五九条一項はこの二つの場合を包含する一個の命題であると解される。なお②の場合についてはさらに、期間満了前に期間の進行を知った場合と期間満了後にはじめて期間が進行したことを知った場合とにわけることが有用であろう。

3 公示送達は送達場所不明の場合になされるものである。送達場所が不明であるか否かは社会通念により判断する

ほかはあるまい。手続的には通常の調査方法を講じてもお不明である場合に不明であることになる。このよ
うな「送達場所不明」が公示送達の要件である。公示送達の効力は送達を受くべき者が公示送達の事実を知らなくても
生ずる。「送達場所不明」は送達場所を認識することができないということに止まるものである。公示送達により送達名
宛人は不利益を被るが、それは公示送達制度の反射的結果であり、送達名宛人に責めを負わせることではない。いうな
れば送達場所が不明の場合には責任問題とは関係なく公示送達を知らないということが起こるのである。では責に帰す
べからざる事由により公示送達を知らなかったとはどういうことか。判例がどういう場合にこれを認めただかについては
すでに紹介した(一五〇)。問題点をつきつめるとどうなるか。

4 送達場所を探索する作業は当該当事者の関係の種類(夫婦であるとか、賃貸借関係とか)などにより一様ではない。
そこで、調査が(裁判所によるものであれ当事者によるものであれ)多かれ少かれ結果的にみて不十分であるということが
起こる。調査不十分はしかし公示送達の無効・取消しをもたらすものではない。調査不十分の公示送達の申立てを裁判
長が許可した場合についても裁判長の過失を問うべきものではない。このことはしかし公示送達による不利益を受送達
者はとうぜんに甘受すべしという結論に短絡するものではない。甘受するただし特段の事由あるときはこの限りでない
とするか甘受しないただし特段の事由あるときはこの限りでないとするかいづれかであろう。民訴一五九条が公示送達
を知らないで不変期間を遵守することができなかった場合に適用されるとき、「責二帰スヘカラサル事由」というのは、
知らなくても追完はできない、ただし、「責二帰スヘカラサル事由」によって知らなかったときはこの限りでない、とい
う意味における事由であるのであろう。

5 送達場所は「明」か「不明」のいずれかである。しかし実際にはいわゆる「不明」のなかには調査を十分に行なっ
たが「不明」であるというのと調査不十分のゆえに「不明」であるというのがある。これらについては前に述べた。

ところが、実際にはもうひとつの場合がある。「明」であるが「不明」と称されたことに基づき「不明」と判断するといふ場合がある。この場合にも民訴一五九条が適用になるのであろうか。つまり、そもそも不利益を甘受すべきでないといふ評価が与えられるべきことがらではないかという疑問が存する。これが問題の焦点である。そして見解が分かれると考えられる点である。

6 法規には廣い概念を用いるものと狭い概念を用いるものがある。相対的なことではあるが民訴一五九条一項は前者に属し同四二〇条一項三号は後者に属する。いずれの場合も文字解釈は適當ではなく目的解釈を必要とする。制限的に嚴格解釈をすること自体目的解釈のひとつの手法である。制限解釈をすべきである点においては一致しながら右三号に当たらないという解釈(判例⑩)とこれに当たるといふ解釈(判例⑳)とがある。ところで、ある法規が要件事実を狭い概念でもって規定しているときはこれを例示としてとらえてこれを具現の一例とするところのより抽象的な規範を例示された要件事実に対するのと同様の法規制をしてはどうかと思われる他の事実に適用することの可否を検討することが重要であろう。逆に、ある法規が要件事実を広い概念でもって規定しているときは広がり過ぎを——したがってその形式的適用を——警戒しその法規が有する実質的な規範的意味を探索しこの意味の規範が適用されるべき事実をもって抽象的要件事実の具現であると限定することが重要であろう。要するに、解釈手法それ自体はなにも生産しない。それはともかくこれらの条文を制定した人々はどういう内容を観念していたのであろうか。

7 そこで民訴一五九条の文言の沿革を辿ってみよう。立法に当たった人がなにを考えていたかを知るためである。(イ)明治三年法律二十九号(旧民訴法)及び大正一五年法律六一号(現民訴法)の成立にいたる草案の文言を筆者が追跡するために手許で見ることができ資料は以下のものである。①「訴訟規則」(テッヒョー訴訟規則修正原按の邦訳)②「委員修正民事訴訟規則」③「訴訟法草案」(テッヒョー)、④「訴訟法草案」(モッセ。ドイツ文である)、⑤「民事訴訟法議案」、⑥「修正民

二 自己ノ過失ニ非スシテ闕席判決書ノ送達ヲ知ラザリシ時

第四百八十三条(②では五一〇条) 原告天災其他ノ事変ニ因リ期限内ニ控訴ヲ為ス能ハザリシ時ハ非常控訴ヲ為スコトヲ得

第五百十四条(②では五四八条) 控訴人被控訴人天災其他ノ事変ニ因リ期限内ニ上告ヲ為ス能ハザリシ時ハ非常上告ヲ為スコトヲ得

非常上告ヲ為スニ付テハ第四百八十四条以下ノ規則ヲ適用ス

第五百二十九条(②では五六二条) 此法律ニ抗告期限ヲ定メタル場合ニ於テ原告天災其他ノ事変ニ因リ期限内ニ抗告ヲ為ス能ハザリ

シ時ハ抗告ヲ提出ス可キ裁判所ニ非常抗告ヲ為スコトヲ得

非常抗告ニ付テハ第四百八十四条以下ノ規則ニ準拠ス可シ但非常抗告ヲ為シ得ヘキ期限ハ其事変ノ止ミタルヨリ七日ナリトス

第五百四十八条(②では五八一条) 原告天災其他ノ事変ニ因リ期限内ニ再審ノ訴ヲ為ス能ハザリシ時ハ非常再審ノ訴ヲ為スコトヲ得

非常再審ノ訴ニ付テハ第四百八十四条以下ノ規則ニ準拠ス可シ

これらの規定は一か条の規定にまとめることのできるものであった。

(注) 当時のドイツ民事訴訟法の第二二一条の文言は次のとおりであった。 Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwehrbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen (Abs. 1). Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustimmung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntniss erlangt hat (Abs. 2).

これが②においては次のように訳されて参照された。

《天災又ハ其他抗拒シ得ヘカラサル事変ニ依リ不変期限ヲ遵守スルコトヲ妨ケラレタル原告ノ一方ニハ其申立ニ依リ故態恢復ヲ許スヘキモノトス》。(第二項) 《原告ノ一方異議ノ期限ヲ懈怠シタル場合ニ於テハ其過失ナクシテ懈怠判決書ノ送達ヲ知了

説
セサリシ時ニモ亦之ニ故態恢復ヲ許スヘキモノトス。

論
ちなみに、④のモッセの案の第一五二条は次のとおりである。 Eine Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, ist mit der vorzunehmenden Prozesshandlung ausgeschlossen, insoweit dieses Gesetz nicht die Nachholung derselben gestattet (Abs. 1). Die gesetzlichen Folgen der Versäumnis treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf

Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag des Gegners erfordert (Abs. 2).

①の前掲第一七条には第二項があり、これが②において第二二三条となった。その文言は「怠慢ヨリ生シタル結果ハ此法律に於テ対手人ヨリ法律上ノ損害ヲ被ムラシムルノ申立ヲ要スル場合ヲ除クノ外怠慢者直チニ其責ニ任スヘキモノトス」である。②の前掲第二二三条第二三条第二四と④の第一五二条をつきあわせると、前者はドイツ民法第二二一条ではなく、モッセ案に近似している。③の第二〇一条第二項は②の第二二三条と同文である。

(ロ) 訴訟行為の追完に関する③の体系はそのまま維持され、字句の修正を経たのみで⑤となった。⑤を審議した会議は明治二〇年二月から翌二一年一〇月の間に五三回もたれた。この間にドイツ民事訴訟法第二二一条が参照されその趣旨が採用された。その原文は前に掲げた。その翻訳は前掲のものとなり次のようになっていた。第一項「天災又ハ其他避クヘカラサル事変ニ因リ不可変期間ヲ遵守スルコトヲ妨ケラレタル原告又ハ被告ニハ申立ニ因リ原状回復ヲ許与ス」。第二項「原告又ハ被告カ故障ノ期間ヲ懈怠シタルトキハ其過愆ニアラスシテ懈怠判決書ノ送達ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ亦之ニ原状回復ヲ許与ス」。この翻訳文言がそのまま庶務担任報告委員が明治二一年五月三日に同五日の会議の会議議案(第一三号、総則の規定の一部で、そのなかに「第四節 懈怠ノ結果及ヒ原状回復」を含む)として送付した議案の第一七二条となった。そしてこれがそのまま⑥の第一七二条となり、これが字句の修正を経て⑦の第一七四条となり、その文言のまま⑧の第一七四条となった。その反面として訴訟行為の追完に関する

る⑤の体系を表示する各条文は議案から削除された。

(ハ) 追完の要件の変化はどうか。ドイツ民事訴訟法第二二一条(前掲)は天災またはその他の不可避の事故を一般的要件とし(第一項)、とくに欠席判決に対する異議の期間の懈怠については過失なくしてその送達を知らなかったことを附加した(auch dann—第二項)。①②③のシステムにおいては、欠席判決に対する異議の期間の懈怠については右の二種の要件を一号二号に分けて併列し、上訴期間、再審期間の懈怠については天災またはその他の不可避の事故のみを要件とした。(欠席判決についてのみ不可避事故と帰責事由なき送達の不知が追完の要件とされた)。⑤から⑧までのシステムにおいてはドイツ民事訴訟法第二二一条の規定形式がとられている。

(二) 明治三三年法律二九号(⑧。明治三三年四月二一日付官報号外)。の第一七四条は次のような文言である。第一項(天災其他避可カラサル事変ノ為ニ不変期間ヲ遵守スルコトヲ得サル原告若クハ被告ニハ申立ニ因リ原状回復ヲ許ス)。第二項(原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサリシ場合ニ於テモ亦之ニ原状回復ヲ許ス)。文言上第一項と第二項の關係はどういうものか。第二項は欠席判決の送達を知らなかった場合に限定しての定めである。では、その他の判決の送達を知らなかった事案は場合により第一項の適用を受けることになるのか。とりわけ、公示送達はこれを知らないことが予定される制度である。それでも第一項がこれに適用されることがあるのか。判決が不実の申立てに基づく公示送達により送達されたときは通常は判決の送達を過失に非らずして知らない。この場合には第二項が準用されることになるのであろうか。立法過程の審議においてどういふ議論がこの点について存したか。これを知る資料が手に入らない。当時の概説書に反映しているかどうかを調べてみる。旧民訴時代の概説書を見れば足りよう。旧法時代の概説書を見たついでに現行民訴への移行期の概説書も見た。

そういうものとして、在札のまま見ることができたのは下記のものである。④本田康直・今村信行共著「民事訴訟法註解」(全

一二冊。第一冊は明治三三年八月、第二冊は明治三〇年二月。今村は法律取調報告委員であった、⑥宮城浩藏「民事訴訟法正義」上(明治二六年以前か)、⑦江木衷「民事訴訟原論」(明治二六年)、⑧高木豊三「民事訴訟法論綱」(第一巻、第四巻、第一巻)明治二八年七月、第四巻明治二九年四月。高木は法典調査委員であった、⑨伊藤悌治「民事訴訟法正解」(第三版明治三五年。初版は明治三四年)、⑩今村信行「民事訴訟法註解」上巻(明治三六年)、⑪岩田一郎講述「民事訴訟法」(第二編明治三六年度和佛法律学校、第一編明治三八年法政大学講義)、⑫今村信行講「民事訴訟法」(第一編、第二編。明治三九年度早稲田大学講義)、⑬岩田一郎「民事訴訟法原論」上巻(明治四〇年)、同第三版(明治四二年)、同第六版(大正二年)、⑭仁井田益太郎「民事訴訟法要論」(上、中、下、明治四〇年、同四一年)、⑮岩田一郎「民事訴訟法大要」(明治四三年)、⑯仁井田益太郎「民事訴訟法大綱」(大正二年)、⑰雉本朗造「民事訴訟法」(大正五年度京大講義、非売品上、中、下)、⑱佐伯兼次郎「民事訴訟法通義」第五版(大正六年。初版明治四二年)、⑲仁井田益太郎「改訂増補民事訴訟法大綱」(大正七年)、同第三版(大正九年)、⑳早川彌三郎「民事訴訟法論」(大正一三年)、㉑前田直之助「民事訴訟法講義」(第一編第四版大正一五年(初版大正一三年)と第二編より第五編まで第五版大正十五年(初版大正一〇年)の合本)、㉒板倉松太郎「新訂民事訴訟法綱要」改訂第八版(昭和二年、初版大正二年)、㉓勅使河原直三郎「改正民事訴訟法概論」(昭和三年)、同第一五版(昭和九年)、㉔岩本勇次郎「三ヶ尻好人」新民事訴訟法要論」上巻(昭和三年)、同第四版(昭和四年)、同下巻(昭和三年)、㉕菊井維大「民事訴訟法」(現代法律学全集、昭和四年)、㉖細野長良「民事訴訟法要義」第三巻第五版(昭和九年、初版昭和六年)、同第四巻(昭和九年)、㉗松岡義正「新民事訴訟法註釈」第四巻(昭和九年、松岡は起草委員会の委員の一人であった)。

このうち㉑から㉗までが旧法について述べたものである。そのいずれも、欠席判決でない判決が不実の申立てにより公示送達により送達された場合に第一七四条が適用になるのか他の規定が適用になるのかに言及しておらず、いわんや第一七四条の第二項が類推適用になるのかに言及していない。おそらくこのことは立法過程において議論の対象にならなかったであろう。また当時

の人々はその点にまで細かく考えることにまで至らなかったのである。

(ホ) 明治二三年法律二十九号は制定後まもなく改正の議が起こつた。旧法典調査会案(明治三十六年、⑨)においては(第百九十五条 当事者カ天災其他避クヘカラサル事故ノ為メニ不変期間ヲ遵守スルコト能ハサリシトキハ裁判所ハ申立ニ因リテ原状回復ヲ許スヘシ当事者カ過失ニ非スシテ闕席判決ノ送達ヲ知ラサルカ為メニ故障期間ヲ遵守スルコト能ハサリシトキ亦同シ)と規定された。この案は法律となるに至らず同調査会は廃止された。明治四〇年に法律取調委員会が設置された。同委員会は大正八年七月に廃止され、司法省に同年民事訴訟法改正調査委員会が設けられた。同委員会は内部に起草委員会を設けた。起草委員会は起草委員会案(⑩)を作成した。その第一五〇条は(当事者カ天災其他已ムコトヲ得サル事故ノ為メ不変期間ヲ遵守スルコト能ハサリシ場合ニ於テハ其事故ノ止ミタル後一週間内ニ限り懈怠シタル行為ノ追完ヲ為スコトヲ得)と規定した。この案は総会で審議されそこで出た意見を斟酌して起草委員会は修正案を作成した(⑪)。修正案第一五〇条は⑩の第一五〇条そのままである。この修正案が審議され条文が整理され、大正一四年一月一五日の総会の決議を経て、民事訴訟法案が確定し、これが大正一五年法律六一号となった。

起草委員会案(⑩)を議題とした総会の審議の速記録を出版したものを見た。第一五〇条については記録されていない速記録であった。起草委員会の修正案(⑪)を審議した総会の速記録を見た。次のような記録がある(大正一四年六月二三日第五二回)。
《○山内確三郎君……(八行ばかり省略する一筆者)……それから百五十条の「天災其他已ムヲ得サル事故ノ為メ」と云ふのは餘り事を客観的に書いたので誤解を生ずる、之は刑事訴訟法の文字に倣つて「其實ニ帰ス可ラサル事由ニ依リ」と改めることを適当とする、従つて其次にある。「事故」の故は由として「事由」と云ふことに改める、斯う云ふことに致したい。

〔「異議ナシ」と呼ぶ者あり〕

○委員長(河村讓三郎君) 其通り決します

こうして、第一五〇条においては「天災其他已ムコトヲ得サル事故ノ為メ」が「其ノ責ニ帰スヘカラサル事由ニ因リ」に変わった。そして第一五〇条は条文整理の結果第一五九条になった。これが第五一回帝國議會（貴衆両院）の委員会で審議された。民事訴訟法改正法律案委員会速記録（抄録であるが）（昭和四年法曹会発行）の大正一五年二月二三日の會議の部分を見ると、第一五九条について、右の変化については論じられていない。

(ハ) 以上の経過からなかがわかるか。現行第一五九条の「責ニ帰スヘカラサル事由」というのは、欠席判決制度が廃止されたので欠席判決の送達を知らなかつたことについての事由ではないということがわかる。そしてそれは「天災其他已ムコトヲ得サル事故」にとつて代わるものとして、判決の送達を知つてはいたが不変期間を遵守しなかつたことについての事由であり旧法の文言では狭すぎるからこの文言にしたものであるということであることがわかる。それ以上に、判決の送達を知らなかつたことについての事由をも含むものかどうかは、以上の経過からは明らかでない。山内確三郎の前記発言もこの点についてなにかを知らしめるものではない。

(ト) 大正一五年法律六一号の立法過程において不実の申立てに基づく判決の公示送達を知らなかつたことがどう扱われるかについて議論がなされたならば右法律に関する概説書に反映しているだろうと思つて前掲④から⑥までの文献を見た。文献⑦を除いては右のことに言及していない。文献⑧のみが「只当事者カ不法ニ公示送達ノ申立ヲ利用シ罰セラルヘキ行為ニ該当スルトキハ再審ノ訴ニ依リテ確定判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得（民訴四二〇第一項第五号、旧訴四六九第一項第二号）（註二）」と述べ、（註二）において「*Helwig, Syst. 1 Bd. 519*」というふうに依拠した文献を示している。

8 日本法の法規の立法の沿革を辿つてもその適用範囲が判明しないときには、日本法の法規の文言を定めるに当たり範となつたドイツ法の当該条文の解釈が、日本法の法規の解釈にとつて参考になるであろう。

明治三三年法律二九号（旧民訴法）第一七四条（七（三））の範となつた一八七七年（公布）ドイツ民訴法典第二二一条（7（イ）

注)の解釈を調べることにする。まずその文言のその後の変遷と辿ると次のようになる。

(イ) 第二二一条が第二二三条になった。文言に変化はない。一八九八年五月一七日民訴法改正法律 (RGBl. 27 Mai 1898 n° 21 S. 256, S. 342)。

(ロ) 第二二三条第一項において、《eine Notfrist》と《einzuhalten》との間に《oder die Revisionsbegründungsfrist》が挿入された。一九一〇年五月二二法律 (第三條第二項) による改正。

(ハ) 同条第一項において、《oder die Revisionsbegründungsfrist》が《oder die Frist zur Begründung der Berufung oder der Revision》に改められた (一九二二年二月二二日法律。Stein-Jonas 20AufI. Einl II E Rdnr. 121)。

(ニ) 第二二三条の文言が一九七六年に次のように改められた。《War eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert, eine Notfrist oder die Frist zur Begründung der Berufung, der Revision oder der Beschwerde nach §§ 621e, 629a Abs. 2 oder die Frist des § 234 Abs. 1 einzuhalten, so ist ihr auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren》。一九七六年の Die Vereinfachungsnovelle は「天災またはその他の避くべからざる事故により」を「掃責事由なくして」に改め、欠席判決を知らなかった場合に関する第二項を廃止したのである (Stein-Jonas 20 AufI. Einl II L Rdnr. 159)。これは遅ればせながら、現行日本民訴第一五九条と近似する規定構造になったものである。

9 ドイツ一八七七年民訴法典の第二二一条の成立の過程及びその後のその文言の改正について、どういふ議論があつてどんな理由でそうなつて行つたかを辿ることは、本稿の目的に照らすときは、割受しても差し支えないであろう。本稿の目的との関係では西ドイツ民訴法第二二三条について解釈されているところを確認すれば足りるからである。以下にこれを試みる。

(イ) 判決の送達の不知は欠席判決の送達の不知に限らない。第二二三条一項は判決の送達の不知の場合を含む (BGH Urt. v.

説
21. 6. 1957, BGHZ 25, 11 = NJW 1957, 1400 Nr. 12)。判決の送達の不知は判決の公示送達の不知を含む (RG, Urt. v. 21 Juni 1906, JW 1906, 470 Nr. 28)。この場合の原状回復の要件は不知が天災その他避くべからざる事故によることである (前掲 BGHZ 25, 11, JW 1906, 470 Nr. 28)。帰責事由なくしてという要件は欠席判決の送達の場合にのみ例外として適用される (BGHZ 25, 11)。

判決の公示送達を知らなかったという一事ではこれを不可避事故とみることはできないであろうが、知らないことの原因が不可避事故である場合に救済される点は注目に値する。

(ロ) それでは、原告が被告の住所を知っているのに公示送達が被告に対しなされたという場合は不可避事故ではないのか。このことに関して一つの判例がある。この判例の事案は当時のドイツにおいて被告の住所不明をどのようにして判定するかを知らしめるものであるので煩を厭わず紹介しよう。

RG Urt. v. 2 Dezember 1904, RG 59, 259.

〔事実の経過〕X女とY男は一八八七年四月一五日に婚姻。XはB村に居住。Yは一八八九年B村を離村。一八九〇年六月Xはオルデンブルグ地裁 (LG) にYを相手方とし婚姻生活の回復を求めるとし訴えの公示送達を求めた。Xは主張した。Yは、以前にもあったことだが、Xと子供らを遺棄した。Yの現存の住所は不明。多分、以前にもそうであったと同じく、アメリカに旅しているだろう。Yについてその後破産が開始した。以上のようにXは主張した。Yの住所不明の証明として、B村の村長 (Gemeindevorsteher) の一八九〇年六月二一日付の、Yは一八八九年七月一日にこっそりB村を離れ、それ以来彼がどこに滞在しているかの情報はない、という証明書を提出した。地裁は訴状の公示送達を許可した。公示送達は裁判所掲示版への貼付及び帝國官報に抜粋の掲載により実施された。一八九〇年二月七日の口頭弁論期日にYの側からは何者も出頭しなかった。そこで判決があった。Yは二か月以内にXのもとに戻り婚姻をつづけるべし、これに反したときはXの申立てに基づき婚姻は離婚さるべし、そしてYは離婚につき有責とさるべし、との判決があった。この判決の公示送達が、Xの弁護士の申立てにより、一八九〇年一二

月一二日に、裁判所掲示版への貼付により実施された。一八九一年四月Xの弁護士はYを相手方として新たな呼出し(Ladung)をした。Yは今日までXの許に戻らずYの居所は以前と同じく不明である、よって婚姻は離婚さるべし、Yはこれにつき有責と言さるべし、との申立てを提出することを通告する呼出しである。Xの弁護士は、同時に、Xの夫はそれ以来婚姻生活の継続に再び現われることはなかったというXの二人の隣人の証明書にN村の村長が認証の署名をしたものを提出して右の呼出しの公示送達を申し立てた。この公示送達も前と同じく裁判所掲示版への貼付及びドイツ帝国官報への呼出状の掲載により実施された。一八九一年六月一九日の口頭弁論期日にYのために何者も出頭しなかった。そこで判決が出た。当事者間の婚姻は離婚される、Yはこれにつき有責と宣言する、という判決である。この期日に、Xの弁護士はYへの判決の公示送達を申し立てた。受訴裁判所は同年六月二日に職権で双方への送達を、Yには公示の方法によるものを、命じた。裁判所書記官はこれに基づき一八九一年七月一四日に判決の正本を裁判所掲示板に貼付した。

一九〇三年一月一日、Yの控訴状がオルデンブルグ控訴院(OIG)に届いた。控訴院はこの控訴状を同月一六日に第一の訴訟のXの弁護士に送達し、例の二つの判決の再度の送達を併せ行った。口頭弁論の期日にYは陳述した。右の二つの判決の公示送達は形式的には正しく実施された、しかし公示送達の要件が存在していなかったがゆえに無効(unwirksam)であった。Yの住所は、右の二つの判決の送達の際には、「回復の」訴え及びその後の「離婚のための」呼出しの公示送達の際にもそうであったと同じく、不明ではなかった、とくにXはYの住所を知っていた、だから、本件公示送達はすべて騙取したものである。仕事がうまく行かないせいで生じた不和のあげくXとYは、再度以前のように短期間アメリカに渡り、確かな生計の道を見つけることに成功したら直ちにXが子供らとともに後から行く、ということに一致した。Yは初めアムステルダムから、ついでニューヨークからXに手紙を書きXの返事を受けとった、XとYは一九〇二年まで規則的に互に手紙の交換をした、と陳述した。YはX宛の二通の手紙の写しとXのY宛のいくつかの手紙の原本とを提出しXにその真正について宣誓をすることを要求した。YはさらにXに規則的

に金を送ったことを、とくに一八九一年一月九日から一九〇一年一月一日までにこれこれの額を送ったと、主張した。Xは金を手にいれており受領を確認した。Xは離婚があつたことに一度も触れなかつた（Xは離婚判決を送達されるまで知らなかつた。Xの弁護士は知つていた。ということのようである―筆者）。YはXに訴え、呼出し、二つの判決の公示送達があつた頃にYの住所を知つていたということについて宣誓供述をすることを要求した。Yは二つの判決の取消しと訴えの棄却を申し立てた。XはYが原本で提出した手紙の真正を認めYが写して出した手紙が真実を示すものであることを認めた。Xは、求められた宣誓を供することはできないと述べた。Xは、一八九〇年一月には、Xがニューヨークに知っていることを知つていたがそのアドレスは知らなかつた、とつけ加えた。

第一の判決の言渡し後には、Xは夫の住所を知つているかと再び問われることはいちどもなかつた（この点にも問題があるようである―筆者）。第二の判決についてはXは送達によつてはじめて判決を知つたのであつた。Yが申し立てた送金額についてはXはその金額を受けとつてはいなかつた。

控訴院はXの申立てを容れYの控訴を不適法として却下した。Yの上告は棄却された。

〔判決理由から〕当事者の住所が実際には不明ではなかつたということ、または、本件のように、公示送達を相手方当事者が騙取していたということが後になつて判明した場合には、民訴旧条文第一八六条第一項新条文第二〇三条第一項の規定（公示送達の要件）は適用を見ることはできないと上告理由は考へるが、原判決は実質的に文句のつけようがないものである。問題は公示の方法による送達の実施のための要件が充足されていたか否かである。第二〇三条は、どういふ場合が「住所不明」に当たるかを明示していない。公示送達は当事者が裁判所に申請し裁判所が許可して裁判所書記官が職権により実施する（第二〇四条第一項）。申請当事者は送達名宛人の住所が彼に不明であるに止まらずおおよそ一般に（*überhaupt*）不明であることの証拠を告訴裁判所に提出しなければならぬ。この証拠は、通常、役所の証明書によりまたは事情によつては信頼できる私人の確言——この者の署名が

公証されていることを要する——によりもたらされなければならない。申請当事者が、相手方当事者の住所を探求する手段をもつていてそれをおよそ利用しなかつたのではいかかという疑念が浮んでくる場合は、申請人自身を尋問することにする適当な場合であろう。だが、重要なことは、裁判所が提出された証拠から前述の意味における（*überhaupt*）をさすと解される——筆者）住所不明の心証（*Überzeugung*）を得ることである。以上のことから、個別の事案において申請人を含めて何者かが相手方当事者の住所を実際に知っていたということがありうるということになる。このことは、一般的に適用さるべき規定を編成するところの制定法（*Gesetz*）の予期しない（*nicht rechnen*）ところである。ただし、まず第一に、人の住所の不明をいわば絶対的に（*absolut*）確定する手段は存しない。つきに、法的安定性なканずく判決の必要的不可取消性——法律がそのために定める必要要件が存するときに確定力あり（*rechtskräftig*）として現われ、終局妥当性をもつて（*endgültig*）当事者間に権利（*Recht*）を創造すべきもの——は、右の必要要件が充足されるときは、判決の確定力は、上訴提起期間経過後に——しかも数年後に——、送達名宛人の住所が一般になかなく公示送達申請人に知られていなかつたという公示送達の許容の要件が実際には充足されていなかつたという証拠を出してみるということによって、問議されることはできない、ということを要求するのである。当該の人物の住所が不明であることができないためにどんな証拠が必要でありどんな証拠で十分であるかは裁判所の自由裁量により決定されなければならないのである。（以上傍点は筆者がつけたもの）。

判決理由は右の解釈は立法の経過からも導き出すことができる。その紹介は省略する。

判決理由はつづける。離婚判決は職権により送達さるべきものである（当時の新条文第六二五条）。よつて、公示送達の要件の存在を職権により確定することは公示送達を指示する受訴裁判所の仕事である。当事者追行（*Parteiobliegen*）に基づき当事者が惹き起すべき公示送達のために当事者が送達名宛人の住所が不明であることのために前以て用意すべき証拠は、事柄の性質上、個々の事情により、後になつて職権によつて行なわれるべき公示送達の時点においても該名宛人の住所が不明であることを見た

説明に十分なものと見られることができよう。

論

以上のことを本件についてみる。前記一八九〇年六月一日付のB村の村長の証明書は十分な証拠である。前記一八九一年四月二日付のXの二人の隣人の証明書をこれに加えて勸案するとき、離婚判決の言渡しの時点においてもYの住所はなお不明であったと見るのに十分である。客観的に (objektiv) みて、右のような証拠をX自身を聴問することなく十分であるとみることが適当であるか、ということは上級審で探求さるべくもなかった。それは裁判所の自由な裁量にぞくすることであるからである。

判決理由はこのようにしてYの控訴を不適法と判断した原審を支持した。が、次のように付け加えている。YがXに対し詐術 (arglistigen Verhalten) を理由として Restitutionsklage (再審の訴え) の一つの種類のうちの原状回復の訴えのことであろう一筆者 () または損害賠償請求を起すことができるかどうかについては本事実については説明すべきことではない、と付け加えている。

この判決は、離婚判決 (職権により送達される) について語るものである。しかし、判決の公示送達に関する一般論を含んでいる。公示送達が手続上瑕疵がなくとも実体において住所は知れていたという事態についての評価についてはなお問題が残るであろう。この判決は公示送達申請人の詐術の事例のありうることを否定していない。判決の公示送達を知らなかったの一事では原状回復は許されるものではない。公示送達申請人が送達名宛人の住所を実際に知っていたということだけでは救済を受けることはできない。では、判決の公示送達を知らなかったことが不可避事故によるという場合はいつたい存するのか。また、故意に虚偽の申告をして公示送達を騙取した場合はどうか。この判決は事案について騙取を認定していない。

(一) RG, Urt. v. 21 Juni 1906, JW 1906, 470 Nr. 28

夫が離婚の訴えを起こした。請求棄却の判決が確定した。夫は居をミュンヘンからニュルンベルグに移した。ニュルンベルグでもう一度離婚の訴えを起こした。夫は妻の居所がデュッセルドルフにあることを知っていた。訴状も離婚判決も公示送達により送

達された。被告妻は控訴を提起し原状回復を求めた。原状回復は与えられた。RGは控訴審の裁判を支持して夫の上告を棄却した。控訴審が、事案に民訴第二二三三条の第一項を適用したこと、被告が不可避事故によって離婚判決の報知を適時に得なかったと見たこと、妻がデュッセルドルフに居住することを知っている夫がミュンヘンからニュルンベルグに居を移してそれにより管轄裁判所が別の裁判所になったことを不可避事故とみたこと、その他を支持した。デュッセルドルフに居たのではニュルンベルグの裁判所の判決の公示送達があつたことを知る由もない。ニュルンベルグの裁判所が管轄することになったのは不可避事故である。だから公示送達を知らなかつたことは不可避事故によるのである。このような筋道であろう。RGは不可避の出来事を、被告が被告に期待すべき最大の合理的な注意深さによつても予防すべくもないまたはその有害な結果を回避すべくもないような出来事、と述べている。なに人にも帰責事由の存しない事実経過も天災同様に原状回復を可能にすると述べている。この点は注目しておいてよい。帰責事由の観念と客観的事実経過の観念が同一の現象において結合している点である。

(二)右に見たように、離婚判決の公示送達の時点において原告が被告の住所を實際に知っていたという事実はそれだけでは「不可避事故」に該当しない(RG Bd. 59 s. 263; JW 1906, 567 Nr. 38)。「不可避事故」が存しない場合にはRGは原状回復を認めないのであつた。ただ、JW 1906, 567 Nr. 38は、当事者が主張しなかつたので不問に付した点を二つあげている。①裁判所掲示版に貼られた判決につき認識をもつべき可能性が被告から奪われていたこと、②原告が訴状の提出及び公示送達の獲得のさいに被告を困惑させる(Irreführung)ことを計算したなんらかの挙行をなしたこと、である。不実の申立てがこれに含まれるか否かはいまひとつ明らかでない。また、これらの事実が主張され立証されたならば、それを不可避事故に該当するとするか否かであるが、はつきりしているわけではない。

(ホ)原状回復の要件が「不可避事故によつて」から「帰責事由なし」に変わったことは、客観的事実から主観的事情に変わったことである。帰責事由は故意または過失である。要するに原状回復が容易になるように意識的に変えられたのである(以上、Stein-

Jonas 20 Auftr. 1984 § 233 V Rdnr 31)。そうすると判決の送達の不知を理由とする原状回復には送達の不知につき帰責事由がな

ることが必要であるということになる。判決の公示送達の不知の場合もそうである(同上、§ 233 III Rdnr 48)。公示送達を不可

避事故により知らなかったときは、公示送達の不知の場合にも原状回復が与えられる(同上)。Stein-Jonas 前掲は BGH NJW 1957,

1400 = BGHZ 25, 11 を引用する (Zoller, ZPO 13 Auftr. § 233 s. 699 も同趣旨)。この判決は、離婚訴訟において訴えと呼出しと

離婚判決とが公示送達された(原告はドイツ在、被告女はポーランド在)のに対し原状回復を与えたことを支持したものである。

第二三三條第一項の適用を認めたのである。離婚訴訟においては被告が公示送達により呼び出されることがあり(下民訴六一八條

三項)、被告不出頭のまま離婚判決がされることがあるが、この場合の離婚判決はしかし欠席判決ではない(同条第四項参照)。だ

が、欠席判決に準ずるべきものと扱うかという問題はある。JW 1906, 470 Nr. 28 と異なり、Hellwig は、右のごとき一方的な離

婚判決の場合には欠席判決の場合に準じて第二三三條第二項の類推適用を認めてこれに対する Einspruch の期間の懈怠からの回

復を認めるべきであると解していた (System des deutschen Zivilprozessrechts § 172 III 2. 筆者が見たのは一九一二年版第一卷

五四九頁。第一卷初版は一九〇二年)。Wieczorek 1957 はいう。第二三三條第二項の根拠はなにか。当事者が不当なやり方で不意

打ちをしこの不意打ち (Überraschung) の結果欠席裁判がなされこれが送達されることができ(「から、このことから救済さる

べきであるという一筆者補) ことにある。このようなことは当事者が一回でも弁論をしたときは訴訟係属を知っているから正常な

手続においては起り得ない。第二三三條第二項から罪なき不意打ちは防護すべきものであるということ抽出するならば、第二三

三條第一項の場合においても公示送達の罪なき (schuldlose) 不知のために右の命題規範を排斥すべきではない。すなわち公示送

達(及び補充送達)の罪なき不知は庇護されるべきものである。以上のようにいう (§ 233 E)。これは、法条(たとえば同条第二

項)の具体的規範を基礎づける一般的な法規範に立戻りそこから再出発して法条(たとえば同条第一項)の具体的規範意味を文言

形式のもつ意味よりも拮げたものである。BGHZ 25, 11 は第二三三條第二項から Wieczorek が抽出したような判決による罪なき

不意打ちに対し原状回復が与えられるべしということは取り出されることはできないと述べた。このような対立は第二三三条の条文が改正されて一本化されたことよって雲散霧消したのだろうか。Stein-Jonas (20 Aufl.)やZoller (13 Aufl.)がBGHZ 25, IIを不可避事故による公示送達の不知の場合に原状回復を許す例としてあげているのはどういう意味か。右IIの考え方からすれば、当該事案について原状回復を許したからには——判決理由からは明らかではないが——不可避事故の存在を認めただけである。この判例を新しい文言の第二三三条の適用の例として、不可避事故による公示送達の不知の事例という形で一例の中に加えたということは、受送達者の不知に故意過失(帰責事由)がなくその結果不変期間が懈怠された例に該当するということであろう。すなわち、BGHは右事案の当時すでに第二三三条が現行の新条文になっていたならば右のような理由で原状回復を認めたとであろう。このことは、不可避事故という要件自体が当事者にとつては故意過失に非ざる事由という要件と異なるものではなく、前者が後者よりも当事者を救済するのにはより狭かつたことを意味する。BGHZ 25, IIの事案においては、公示送達のあった一九五四年二月一日にポーランドに定住していたことが不可避事故に該当するとされたのであろう。

以上のように調べてみた結果、正常な公示送達ではなく不実の申立てに基づき騙取された公示送達による不変期間の懈怠からの救済については、見解の分れがあるのであって、第二三三条により救済が与えられることになっていないと断言することは外国人たる筆者にはまだできない。ただいえることは、不可避事故に該当する事実が存しなくても、申請人の詐術のごときことにより送達名宛人が公示送達された判決を知る可能性を奪われた場合には送達名宛人の救済が与えられることが否定されていないことである。では救済の方法は第二三三条のほかに考えられているのか。

10 そこで、再審の訴えの方法により救済されるという考えられないしは判例が存するか否かを調べてみる。再審の訴えにはNichtigkeitsklageとRestitutionsklageとがある。

(イ) Nichtigkeitsklageについて

OLG Frankfurt Beschluss v. 8. 10. 1956 (NJW 1957, 307 Nr. 13)をまず紹介する。一九四七年二月二十七日、L地裁は、当時二人ともソビエト・ゾーンに居住していた原告Xと被告Y女の婚姻につき、Yの訴えに基づき、離婚判決をし、これが確定した。訴えも、呼出しも、離婚判決もXに公示送達された。その後XもYもドイツ連邦共和国に引越した。XはYを相手方としてXの住所を管轄するW地裁に、公示送達は許すべきでなかったとの理由で、Nichtigkeitsklageを起こした。W地裁は、管轄を認めながら、民訴第五七九条第一項第四号には該当しないと判断した。フランクフルト控訴院はこれを支持した。理由の要旨を紹介する。公示送達の要件が存しなかった、Yは公示送達を騙取した、公示送達は定められたとおり公示されなかった、という事実は民訴法第五七九条第一項第四号の適用を受けるものではない。この場合には法律上の代理の欠缺が存在するとはいえないからである(この点判例⑩と同旨)。右第四号の場合には追認がありうるのであるが、送達に関する法規に違反した公示送達については追認ということはない。再審の訴えは例外的のものである。しかしながらだからといって類推適用ができないというものではない(この点は判例⑩よりもきめがこまかい)。けれども、例外法規につきなお類推ができるときは、その例外法規の根底にひとつのより狭い原理が存するからであって、例外法規の類推はこの原理の存在を前提とする。民訴法第五七九条の根底にあるより狭い原理があるならばそれはなにか。それは、Nichtigkeitsklageにより主張することができるものは裁判所が前訴訟の手続において看過した重大な(Schwere)手続瑕疵(Prozessmängel)のみであるという思想である。本案訴訟において中間判決によりすでに明示的に否定された手続瑕疵はこれに該当しない。本件においては、L地裁は公示送達をその要件を審査したのち一つの特別の決定により明示的に許可した。もしNichtigkeitsklageを許すならばL地裁の法見解をその裁判の確定力が生じた後になお事後審査に服せしめることに帰するであろう。この結果は再審の趣旨に叶わない。よって第五七九条第一項第四号の類推適用は排斥される。

この判決理由と判例⑩(1ホ)及び判例③(1ヲ)の理由とを比べると後者のほうが粗いことが明らかにになる。この判決の射程距離はしかしどうなのか。公示送達の騙取があったという主張はあったがこれを認定していない判決なのである。公示送達

の法的安定の要請と重大な手続瑕疵からの救済の要請は公示送達の騙取においてまさに正面衝突すると思われるのであるが、この判決はこの点に深入りしていない。あつさり、騙取の場合をも、公示送達の要件の不存在の一場合とし、これを、重大な手続瑕疵に該らないと考えたようである。L地裁の許可が手続上瑕疵のないものであっても、それは手続の面においてのみそうであるのである。騙取は実体の面において許すべからざる瑕疵を手続に付着せしめる。手続において瑕疵がないことはとうぜんには実体における瑕疵を覆うものではないであろう。ここになお問題が残っていると思われる。

(ロ) のフランクフルト控訴院判決を、Schwab (13 Aufl.) も Stein-Jona (20 Aufl. Grunsky) も公示送達の要件があることなくして公示送達がなされたことは *Nichtigkeitsklage* の事由にあたらぬという自説の補強のために引用する。Zöllner (13 Aufl. Schneider) も同じであるが、Zöllner は騙取された (*erschichene*) 公示送達と明示したうえになお同旨である (S. 1299 b. S. 1303 4) の上から二行目の《§579》は §580 の誤植であろう。

(ハ) *Nichtigkeitsklage* が認められなくとも、これは再審による救済はないということに当然なるものではない。その *Restitutionsklage* について調べる。

公示送達の騙取または判決の騙取が *Restitutionsklage* の原因 (第五八〇条第一項第四号) でありうることは認められている (Baumbach-Lauterbach 44 Aufl. §580 2. D.; Stein-Jonas 20 Aufl. §580 II 4 b; Zöllner 14 Aufl. §580 II 4)。それは、*Stratrat* 同条 刑事裁判手続により公の刑罰が科せられるべき行為 (第五八〇条第一項第四号旧条文) として、つまり可罰行為 (*Stratrat* 同条 同項同号現条文) としてどのような種類のものか。刑法第二二三条の行為であるとされる (Baumbach-Lauterbach 44 Aufl. *ibid.*)。それは *Betrug* (詐欺) である。判決の公示送達を騙取しをもって確定判決を騙取したことが詐欺罪に問われ有罪判決が確定しをもって *Restitutionsklage* が認められたという判決例を引用した文献を筆者はまだ知らない。BGH Urt. v. 6 Oktober 1971 (BGHZ 57, 108) は騙取した債務名義に基づく強制執行に対し他の利害関係ある債権者が許すべからざる権利行使の抗弁 (民法第二四二条参照)

説を配当異議訴訟において主張することを認めている。これを紹介しよう。

論

〔事件の経過〕 X及びY（ベルシヤの銀行）はイラン人じゅうたん商人Gの債権者。Gはドイツ連邦共和国でじゅうたんの販売。Yは一九六二年一月二日にGのじゅうたんを差し押えた。Xは一九六三年五月一日に同じく差押えをした。じゅうたんは競売に付され売得金が得られた。区裁判所の配当案によればYがXに先き立ちこの売得金から満足を受けることになった。Xは配当異議の訴えを起し（民訴第八七八条）Xの債権がYのそれに先立つよう配当案を変更することを求めた。Yは債務名義を、欠席判決をそして判決の公示送達の許可を、故意の不正の申立てにより騙取したとXは主張した。

YはYが公示送達の許可を得たときGの住所を知っていたのである。地裁はXのこの訴えを棄却した。控訴審において、YはGの総代理人に送達することができたし送達しなければならなかったのに判決の公示送達の許可を得た、とXが主張した。控訴審はつまるところXの請求を認容し配当案をXの債権がYの債権に先立つように変更した。Yの上告は棄却された。

〔判決理由から〕 控訴審の理由づけのすべてが正当であるとはいいがたい。

執行の要件としての債務名義の送達（民訴第七五〇条）について 債務名義の公示送達の騙取は差押えの執行法上の瑕疵とは

ならない。差押えの執行法上の瑕疵は方法異議（民訴第七六六条）により咎められることができる。方法異議はたんに執行機関の手續に関するに止まる。公示送達が騙取されたときでも執行機関の手續はその規則に叶っている。けだし、債務名義は債務者に送達された。その送達自体は手續法上文句のつけようのないものである。民訴第二〇三条に定める手續がとられていた。原告の主張によれば、公示送達の許可が虚偽の申告に基づき与えられた点に送達の瑕疵がある。けれども送達はこの一事により *unwirksam*（無効）とはならない。公示送達の許可は一つの裁判所の裁判である。この裁判は裁判所が認めた許可の要件が実際には存在しなかったことよって無効となるものではない（RGZ 59, 259, 265; 61, 359, 363; Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19 Aufl., §204 Anm. II 3）。このことは——控訴審の見解とは反対に——許可が詐術を用いて故意の虚偽の申告によつて騙取された場合にも通用する

(RG aao ; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10 Aufl., §75 II 4 b ; Wieczorek, ZPO, §204 Anm. A II c 4 ; 理由を付しない別の見解 Stein-Jonas-Pohle aao. ; Baumbach-Lauterbach, ZPO 30 Aufl., Einführung 2 vor §203)。ただし裁判所の裁判は家主権行為として原則として関係人の上訴に基づき取り消されるまでの間有効である。当該許可の取消しは爾来なされていない。公示送達の許可の言渡しに対しては法的救済は存しないから許可の取消しは期待すべくもない (Stein-Jonas-Pohle aao Anm. II c)。かくて、被告Yがもたらした差押えには執行法上の瑕疵は付着しない。

Yが債務名義の送達(民訴法第七五〇条)を騙取したということは強制執行の要件の一つを不誠実なやりかたでもたらしたことである。彼の差押質権または少くともその順位は法悪用の行為に基づく。権利を悪用して取得した法的地位を利用することに対しては許すべからざる権利行使の抗弁 (Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, 民法第二四二条参照。民法二四二条からこの抗弁を引き出すことについては本稿では立ち入らない—筆者) が對抗する〔信義誠実に反するという抗弁ということか—筆者〕。この原則は手続法においても通用する。原告Xはいわゆる権利悪用的に被告Yが得たところのよりよき順位により害を受けたのであるから、XはYに対して配当異議の訴えでもって権利悪用の抗弁を對抗させYに先立って売得金から満足を受けることを求めることができる。

11 以上のような調査の結果を勘案するとき、問題解決のポイントは故意の虚偽の申告による判決の公示送達の騙取に基礎を置く利益を認めないことには争いが無いとして、その機会と手続をどのように認めるかである。この問題について具体的な事例に則した解決の判決例が西ドイツにおいて存するか。なお探さなければならぬであろう。他方において、故意の虚偽の申告、いかえれば不実の申立てによる判決の公示送達の騙取——このことが生ずるか否か、このことがどういう経過で生ずるかは公示送達の制度及びその運用の実際がどんなものであるかに左右されることが少なくないようであることは別として——に対しフランスまたはイギリスなどにおいてどのような評価が下されどのような救済手段が与

えられているかを調べなければならぬであろう。これらの作業はまだ行なっていない。与えられた紙数は大巾に越えた。そこで右の作業及びその結果報告は別の機会に譲ることとし、日本と西ドイツの比較だけからさしあたりどういことが考えられるかをまとめて本稿のテーマの中間的のまとめとしよう。

おわりに

1 公示送達の要件は二種を分別することができる。「住所不明」等という実体的要件と申立てに基づき裁判長が許可して裁判所書記官が裁判所の掲示物に貼付するなどの手続的要件とである。

2 公示送達の実体的要件を欠く公示送達についてはその効力を認めるのかという問題がある。瑕疵ある行為についての評価は通常は「取消しうべきである」または「無効である」である。日本でも西ドイツにおいても、公示送達の効力が発生した以上はその取消しは認められず当然無効も認められていない。公示送達の取消しを求める独立の手続は存しない。公示送達の効力を覆えずことは——不変期間の起算点を変えることなどにより——法的安定性を害すること甚だしいものがあるからであるといわれている。

〔西ドイツでは、裁判所が実施する公示送達は国家主権行為であるということからその当然無効は認められないという考え方がある。BGHZ 57, 108. 国家主権を法律上のものとしてのみではなく政治上の統治権力としてとらえるとしても、その行為を法的にとらえこれに法的規制を加えるときには、行為が主権に由来することから行為に無効なしを導くのはひとつの短絡である。国家主権は民意に基づくというとらえ方をするとき、私生活関係を律する公役務に従事する司法権機関の行為は公役務の要件を欠くときは人民にその効力を生じないということを導くことができるはずである〕。

3 実体的要件を欠く公示送達もそれ自体が当然に無効であるのではないという考え方においては、なお二つのことが注目されるべきである。ひとつは「住所不明」か否かの判断が裁判長の裁量に委されていることである。もうひとつは、公示送達自体の法的安定性は維持されるべきであるとしても、要件欠缺の公示送達により害を受けた者は救済されるべきであるということである。

4 「住所不明」か否かの判断が裁判長の裁量に委されるということについては三つのことを注意すべきであろう。①裁量行為には取消・無効は原則として存しない。②裁量に委される反面「住所不明」の判断は適確なものでなければならぬ。③裁量的判断の素材は客観的なもので足りるか、公示送達申請人の——送達名宛人の住所についての——主観的知不知をも素材とすべきか。この③の問題について、申請人が送達名宛人の住所を知っていた（または知ることができたはずであった）場合についての評価が、日本の判例（たとえば判例⑩）では上訴の追完を許す方向において行われるのに対し西ドイツの判例（たとえばRGZ 59, 259）においてはそのようなには働かない。この違いの背景に、日本の実務では「住所不明」と判断することが許されるための「住所不明」を証明するための証拠方法が安定したものになっているとはいいいがたいのに対し、西ドイツの実務においてはこれが安定したものになっている、という違いがあるのである。これはいいがたいのに対し、西ドイツの客観的証拠による住所不明の判断のなかに、公示送達申請人の主観的な「実際には住所を知っていたこと」が埋没してしまっているものがある。もともと、西ドイツにおいても、たんに知っていたということと故意に虚偽の申告をしたことを分別しているむきもないではない。

5 「住所不明」という要件を欠いた公示送達により被った害から送達名宛人を救済する方法として訴訟行為の追完とすることが考えられる場合には、たとえば判決の公示送達を知らなかったことについて帰責事由がないことが追完を許す条件のひとつである。公示送達申請人が送達名宛人の住所を知っていたことは日本の判例（たとえば判例⑩）において

説は送達名宛人に不変期間不遵守につき帰責事由がないことの一例とされるが、西ドイツの判例（たとえば RZ 59, 259）においてはそれだけでは帰責事由の有無に關係するに至らない。

6 送達名宛人の住所を公示送達申請人が知っていながら判決の公示送達がなされた場合について、西ドイツの判例においては、それにつき詐欺罪として有罪の確定判決があった場合とそうでない場合を分別し、前者の場合には再審の訴えによる救済を認め後者の場合には上訴の追完をも認めないようである。詐欺罪に該当する騙取があったか否かということにはなく、確定有罪判決（裁判所の確定的な判決）があったか否かに重点が置かれている。民事判決の理由中の（騙取が詐欺罪に該当するものであるとの）判断によって判決の（公示送達によるものとはいえ）確定力の法的安定は軽々しく破られてはならないということなのであろうか。だからといって西ドイツの判例は騙取を黙認しているのではない。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よつて否定することは行なっているのである。手続の安定という価値を徹底的に実現する反面、実体（権利の行使）の面において法的妥当性の実現をはかるというのであろうか。日本の判例（ないしは学説）においては西ドイツにおける右のようなよく事物を分別した解釈は——筆者の知る限りにおいては——まだ見られない。とはいえ、西ドイツ流の考え方が最善であるとは限らない。騙取が詐欺罪に該らない場合でも——または詐欺罪に該るが有罪の確定判決がない場合でも——騙取した確定判決による法的な実体法上のまたは執行法上の地位を認めないという考え方は、判決の取消しという手続的救済をしないことよつて手続及び手続法上の効果を安定させるかわりに、救済を権利の存在またはその実現という実体の面において図るといふシステムなのであろうか。手続の安定の価値をどのように衡量するかがひとつの問題である。