

Case Note on Law of Civil Procedure

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2020-05-12 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: UTSUNOMIYA, Junichi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00058166

This work is licensed under a Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0
International License.



訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

最二小判平成三一年一月一八日民集第七三卷一号一頁

（裁判所時報第一七一号一頁、判例時報二四〇九号三一頁）

宇都宮 純 一

〔事案の概要〕

X（上告人・米国の会社）らは、平成二五年（二〇一三年）三月、米国カリフォルニア州オレンジ郡上位裁判所（以下「本件外国裁判所」という）に対し、Y（被上告人・日本の会社）外数名を被告として損害賠償を求める訴えを提起した。Yは、米国弁護士を代理人に選任して応訴したが、訴訟手続の途中の二〇一四年九月、同訴訟代理人の弁護士が本件外国裁判所の許可を得て辞任した。Yがその後の期日（二〇一五年三月二〇日）に出頭しなかったため、Xらの申立て（Yに対する欠席判決の申立て）により、手続の進行を怠ったことを理由とする欠席（デフォルト）の登録がされた。

本件外国裁判所は、Xらの申立てにより、平成二七年（二〇一五年）三月二〇日に、Yに対し、約二七万五五〇〇米ドルの支払を命ずる、カリフォルニア州民事訴訟法上の欠席判決（デフォルト・ジャッジメント、以下「本件外国判決」という）を言い渡し、本件外国判決は、同月、本件外国裁判所において登録された。

Xらの代理人弁護士は、平成二七年（二〇一五年）三月、Yに対し、本件外国判決に関し、判決書の写しを添付した判決登録通知を、誤った住所を宛先として普通郵便で発送した。上記通知がYに届いたとはいえない。

Yは、本件外国判決の登録の日から一八〇日の控訴期間内に控訴せず、その他の不服申立ても所定期間内にしなかったことから、本件外国判決は確定した。そこでXらは、我が国において本件外国判決の承認と執行を求める執行判決請求訴訟を提起した。

原審（大阪高等裁判所平成二九年九月一日判決）は、要旨次のとおり判断し、Xらの請求を棄却すべきものとした。（すなわち）敗訴当事者に対する判決の送達は、裁判所の判断に対して不服を申し立てる権利を手続的に保障するものとして、我が国の裁判制度を規律する法規範の内容となっており、民訴法一一八条三号という公の秩序の内容を成している。本件外国判決はYに対する判決の送達がされないまま確定したから、その訴訟手続は同号にいう公の秩序に反する。Xらが最高裁判所に上告受理の申立てをした。

〔判決の要旨〕 破棄差戻

原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 外国裁判所の判決（以下「外国判決」という）が民訴法一一八条により我が国においてその効力を認められるためには、判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないことが要件とされているところ、外国判決に係る訴訟手続が我が国の採用していない制度に基づくものを含むからといって、その一事をもって直ちに上記要件を満たさないということはできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決に係る訴訟手続は、同条三号にいう公の秩序に反するといふべきである（最高裁判平成九年七月一日第二小法廷判決・民集五一巻六号二五七三頁参照）。

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

(2) 我が国の民訴法においては、判決書は当事者に送達しなければならないこととされ(二五五条)、判決に対する不服申立ては判決書の送達を受けた日から所定の不変期間内に提起しなければならない。判決は上記期間の満了前には確定しないこととされている(一一六条、二八五条、三一二条)。そして、送達は、裁判所の職権によって、送達すべき書類を送達者に交付するか、少なくとも所定の同居者等に交付し又は送達すべき場所に差し置くことが原則とされ、当事者の住所、居所その他送達をすべき場所が知れないなど上記の送達方法によることのできない事情のある場合に限り、公示送達等が例外的に許容されている(九八条、一〇一条、一〇六条、一〇七条、一一〇条)。他方、外国判決が同法一一八条により我が国においてその効力を認められる要件としては、「訴訟の開始に必要な呼出し若しくは命令の送達」を受けたことが掲げられている(同条二号)のに対し、判決の送達についてはそのような明示的な規定が置かれていない。

さらに、以上のような判決書の送達に関する手続規範は国ないし法域ごとに異なることが明らかであることを考え合わせると、外国判決に係る訴訟手続において、判決書の送達がされていないことの一事をもつて直ちに民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するものと解することはできない。

もつとも、我が国の民訴法は、上記の原則的な送達方法によることのできない事情のある場合を除き、訴訟当事者に判決の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えることにより、当該判決に対する不服申立ての機会を与えることを訴訟法秩序の根幹を成す重要な手続として保障しているものと解される。

したがって、外国判決に係る訴訟手続において、当該外国判決の内容を了知させることが可能であったにもかかわらず、実際には訴訟当事者にこれが了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより、不服申立ての機会が与えられないまま当該外国判決が確定した場合、その訴訟手続は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものとして、民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するということができる。

以上と異なる見解の下、本件外国判決の内容をYに了知させることが可能であったことがうかがわれる事情の下で、Yがその内容を了知し又は了知する機会が実質的に与えられることにより不服申立ての機会を与えられていたか否かについて検討することなく、その訴訟手続が民法一一八条三号にいう公の秩序に反するとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな違法がある。

〔研究〕

一、裁判所の手続における手続保障のあり方をめぐる議論において、最高裁判所は、先ず非訟事件における手続保障について憲法原則としての審尋請求権に言及することには未だ慎重であり、禁欲的である。最大決昭和四〇年六月三〇日（民集一九卷四号一一一四頁）等において「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は」憲法三二条所定の「裁判を受ける権利」とは直接の関係がないというべきであると断じて、憲法三二条違反の主張については、ほとんど説示なくその主張を斥けていたが、その後、最三小決平成二〇年五月八日（民集第二二八号一頁）においては、その多数意見は、昭和四〇年最決の判断を踏襲して同種の事案について相手方に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことは、憲法三二条断定の「裁判を受ける権利」を侵害したものであるということではできないと判示したが、「即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきで」とあると説示し、また、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきであり、原審の手続には問題があるといわざるを得ないと述べるものの、この点は特別抗告の理由には当たらないと結論付けている。右の説示は、最高裁が非訟手続の当事者の権利

保護に対して若干の配慮を示した決定であり、また、訴訟と非訟の論点に関する形式的画一的な従前の判断から一線を画し、個別事件の具体的文脈できめ細かな手続配慮を実践する可能性を示した点で注目すべきものと評される¹⁾。

二、このように右の本決定の多数意見は、従来の判例の立場を踏襲したものの、なお書きにおいて、相手方の救済のあり方や原審手続の問題点をも指摘しているのに対して、本決定における田原裁判官の補足意見及び那須裁判官の反対意見は、日本においてドイツにおけるいわゆる法的審尋請求権が裁判手続に関する憲法上の原則として保障されると承認されているという状況に鑑みて、この審尋請求権をめぐって比較的詳細にその可否を論じており、この点が（少数意見に止まっており多数意見には至っていないものの）注目されよう。

すなわち田原裁判官の補足意見は、本件は本質的に非訟事件手続であるから、憲法三二条、三一条が直接規律する範囲外の手続であるが、憲法三一条は、国又は国の機関が国民に対して強制力を発動する場合には類推適用されるべき基本的な規定であり、また非訟事件手続は裁判手続ではないものの、裁判所が関与する手続である以上、憲法三二条の趣旨は、非訟事件手続の性質に反しない限り、その手続の中に反映されるべきものであるとし、憲法三一条の定める手続保障の根幹をなすのは当事者の手続関与権であるところ、当事者の手続関与権や審問請求権が民事訴訟法に明定されているわけではないが、憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障の問題は、当該手続全体の中で捉えられるべきものであり、その手続の一部において手続保障が充足されていなくても、手続全体としてみたときにそれが確保されているときには、憲法三二条、三一条の趣旨は反映されているものといえる²⁾と説き、家事審判法九条一項乙類の審判手続には、当事者の手続関与権、審問請求権が一応保障、充足されている以上、その抗告審の手続において、その保障を欠いていることをもって、憲法各条違反の問題は生じないものというべきであると結論づけている。ただ、抗告審の手続において、相手方の

手続関与権、審問請求権が法定されていなくても、即時抗告申立書の副本又は写しを相手方に送付する等、相手方（一方当事者）に即時抗告の申立てがなされた事実を通知して、相手方に反論の機会を与えるべきであり、かかる機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には、審理不尽の違法の謗りを免れ得ないということも説示している。右の本件抗告審の手続について、審理不尽の違法の指摘と並んで、当事者の関与権の侵害が一定の場合には違法となることを認めたものとも解しうるとして同意見が憲法三二条及び三一条の趣旨は非訟事件手続にも及ぶとした点も、「通常の補足意見の枠を超えた重要な意義」が認められたことも指摘されている⁽²⁾。

三、続いて那須裁判官の反対意見は、法令の解釈として、即時抗告の抗告状等の送達ないし送付を義務的なものと認めるべきかどうかという点について、法律や規則に明文の規定がないことだけを理由にして法的義務がないと即断することは条文至上主義の弊を挙げるまでもなく相当でないことが明らかであるとして、明文規定の根拠なき柔軟な解釈方法を承認した上で以下のように説示する。すなわち、強い争訟性を有する類型の審判に関しては、憲法三二条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当の理由があり、このような当事者の利益はいわゆる審問請求権の核心部分を成すものであり、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による「裁判を受ける権利」の保障の対象になる場合があると説く。この点は多数意見と真向うから対立する点である。この点に関連して同反対意見は、多数意見が引用するいわゆる「純然たる訴訟事件」の概念が確立されたとされる二つの最高裁決定（最大決昭和三五・七・六民集一四・九・一六五七と最大決昭和四〇・六・三〇民集一九・四・一一一四）がいずれも手続が当時の法律の定めに従い非公開で行われたことを問題とするものであるのに対し、本件は、即時抗告により不利益を受けた当審抗告人に即時抗告の抗告状等の送付・送達がなく反論の機会も与えられなかったこ

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会を与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

とが問題とされている案件であつて、真の争点は憲法八二条の公開原則の問題とは直接の関係を有せず、また、憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らないと説いて本件事案に対する先例性を否定する。その上で「純然たる訴訟事件」以外にも乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在することについて積極的な見解を前提に、即時抗告により不利益変更を受ける抗告人に対して反論の機会を与えるために即時抗告の抗告状等を送達ないし送付する必要があるとの解釈を排斥する理由として、家事審判手続における職権主義・裁量主義の原則は、当事者の審問請求権や手続保障の機会を一般的に奪う根拠としては抽象的に過ぎて説得力を欠くと断じる。そして本事案の問題を解消するためには、原審の手続につき裁判（決定）に影響を及ぼすべき法令の違反があつたことを理由として、職権で原決定を破棄することが最低限必要であると結論付けている。

四、さて、右の多数意見については、即時抗告状等の送付といった配慮を欠いていた点を問題として指摘し、「当事者の関与権の侵害が一定の場合には違法となることを認めたものと解しうることは」高く評価されている⁽³⁾。これに対して、田原裁判官の補足意見については、既に見たように、非訟事件手続において法律上審問請求権が認められるかどうかという問題について相手方（一方当事者）に反論の機会を与えないまま原審判を相手方に不利益に変更した場合には審理不尽の違法の謗りを免れ得ないとしている点が注目されている反面、「手続全体」としての保障という考え方については、「不送達の瑕疵を治癒する（手続保障の削減）理由にはなりえない」との指摘⁽⁴⁾があり、同じ点について「第一審の裁判と抗告審の裁判とは一応別個のものである以上、前者の瑕疵が後者において事後的に治癒されることはありうるとしても、後者における審問請求権の保障が前者におけるそれによって代替可能とは考えにくく、また同意見が挙げた当事者の出頭義務（家審法五条）等の規定は「字義

どおりに解する限り、その存在だけで審尋請求権の保障にとつて十分とはいえない」との条文の評価も存する⁽⁵⁾。

五、他方、那須裁判官の反対意見については、民訴法学説は好意的で、その意見を支持する傾向にあるようである。すなわち、送達は手続保障の起点で（法が特別抗告等の不服申立手続を保障している以上は）、審判手続でもその前段階の審理過程に立ち会う機会が保障されるべきであるので、本件は憲法三二条に反する疑いが強いこと、また、憲法三二条の「裁判」には、ある種の非訟手続も含まれること、不服申立後の抗告審でのみ相手方（Y）の手続関与の機会を奪うような裁量権は原則として裁判所にはなく、原審手続には違法の疑いもある点で特別破棄（民訴三二五条二項、三三六条一項、三三七条二項）も可能であったこと、そして、処分権主義が働かない非訟事件では、不意防止の観点より慎重に相手方に対する審問請求権を保障すべきで、双方審尋の機会の保障（憲三一条）は不可欠であることといった解釈が提示されている⁽⁶⁾。

六、このほか民訴法学説からは、同決定の多数意見、補足意見、反対意見の説示内容とは別に（それを越えて）、送達を義務づける明文規定が欠けていたのなら、立法の不作為の違憲・違法を問題とすべきでもあったというより踏み込んだ意見も提示されており、また他方、従来の判例理論が憲法三二条にいう「裁判」を同八二条と同義に解する実質的な理由は必ずしも明らかでなく、この点は、手続保障を重視する近時の学説からは批判の余地があり、多数意見が憲法問題についてより踏み込んだ判断を示さなかったことは惜しまれ、さらに本決定後も憲法一三条等に依拠した解釈論の余地は残るとの意見も示されている⁽⁷⁾。

〔参考裁判例〕（i）最三小決平成二〇年五月八日集民第二二八号一頁

- ・ 婚姻費用分担審判に対する抗告審の変更決定に対する特別抗告事件
- ・ 婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審が抗告の相手方に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことと憲法

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

三二条

(ii) 最二小判平成九年七月二日民集第五一卷六号二五七三頁

- ・ いわゆる懲罰的損害賠償を命じた外国裁判所の判決について執行判決をすることの可否
- ・ 外国裁判所の判決のうち補償的損害賠償等に加えて、見せしめと制裁のために懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分については、我が国の公の秩序に反するから、その効力を有しないものとしなければならないので執行判決をすることができない。

〔参考文献〕 中山幸二「送達 of 擬制と手続保障の二重構造」民訴訟雑誌四一号（一九九五年）一二五頁

同「送達 of 擬制と再審」民事手続法学の新たな地平（青山善充先生古稀記念）（二〇〇九年）二七三頁

山本弘「送達 of 瑕疵と民訴法三三八条一項三号に関する最近の最高裁判例の検討」前記民事手続法学の新たな地平五一三頁

新堂幸司「郵便に付する送達について」同・民事訴訟法学の基礎（一九九八年）三五二頁

高橋宏志・民事訴訟法概論（二〇一六年、有斐閣）

七、本判決の論点（争点）は、ミクロ的（各論的）には、日本の民事訴訟法一一八条三号にいう「日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」という要件の解釈如何、そして本件事案が、その要件に該当するか否かという点に、マクロ的（総論的）には、外国裁判所の判決に係る訴訟手続における手続保障のあり方の理解（捉え方）という点に在ると思われる。

本判決が先例として引用する最二小判平成九年七月一日（民集五一巻六号二五七三頁）の説示内容（判例理

論は、以下のようなものであった。すなわち「外国判決に係る訴訟手続が我が国の採用していない制度に基づくものを含むからといって、その一事をもつて直ちに上記要件、（外国裁判所の）判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと」を満たさないということはできないが、それが我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものと認められる場合には、その外国判決に係る訴訟手続は同条三号にいう公の秩序に反するといふべきである。」

そこで右の判旨をうけて、本判決の解説子は、民訴法一一八条は、訴訟手続は各国や法域によつて様々であることを前提にしつつ外国判決の効力を承認しようとしてものであるとの理解を示している⁽⁸⁾。それでは、日本における判決等の裁判関係書類の送達に関する基本原則ないし基本理念の内容はどのようなものなのか。

本判決の法廷意見は、この点、日本の民訴法における判決書の送達に関する手続規範及び国ないし法域ごとにそのような手続規範が異なることを確認しているが、この段階ではまだ判決書の送達に関する基本原則ないし基本理念の具体的内容を明確に提示しないまま、外国判決に係る訴訟手続において判決書が送達されていないことの一事をもつて直ちに民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するものと解することはできないと結論付けている。この説示について、前記解説子は、本判決が、判決書の送達自体が我が国の根幹を成す基本原則ないし基本理念とはいえないことを示して、原審の判断は是認できないことを示したものと解されると説明する。しかし、一見したところ以上のようなことを本判決は明示的に述べていると言えるのか、あるいはそのように解釈できるのであるか。筆者にはやや疑問である。

一方、本判決の解説子は、彼のいうところの「判決の送達を重要な手続保障と位置付けていると解される我が国の民訴法上の基本原則を明らかにするため」に次のように述べ、法廷意見がさらにもう一つの別の考慮事項を付け加えていることにも着目して説明を加えている。すなわち、

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

我が国における民事訴訟手続においては、判決の内容を了知させ又はその実質的機会を与えることにより不服申立てするかどうかを検討させることを極めて重要なものと位置付けていることもうかがわれることから、これを公の秩序との関係でどのように解するかが問題になるのであるとした上で、我が国の民訴法は（上記の）原則的な送達方法によることのできない事情のある場合を除き、訴訟当事者に判決の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えることにより、当該判決に対する不服申立ての機会を与えることを訴訟法秩序の根幹を成す重要な手続として保障しているものと解される、と述べ、所謂「民訴法上の基本原則ないし基本理念」の具体的内容を本判決が積極的に示したものと解される、と指摘する⁽⁹⁾。その上で、本判決の「裁判要旨」が導き出される。すなわち、

「外国（裁判所の）判決に係る訴訟手続において、当該外国判決の内容を了知させることが可能であったにもかかわらず、実際には訴訟当事者にこれが了知されず又は了知する機会も与えられないまま当該外国判決が確定した場合、その訴訟手続は、我が国の法秩序の基本原則ないし基本理念と相いれないものとして、民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するといえることができる。」と。

以上の「裁判要旨」の内容と前記の「外国判決に係る訴訟手続において、判決書の送達がされていないことの一事もつて直ちに民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するものと解することはできない。」という説示とを照らし合わせてみると、法廷意見は、明らかに、前段の説示に加えて、民訴法一一八条三号の規定する要件該当性の条件を加重している。つまり、（訴訟当事者に）判決書の送達がされていないというだけでは要件該当性が否定され、判決の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えられていず、そのことよって当該判決に対する不服申立ての機会が与えられなかった（と評価された）場合に初めて要件該当性が肯定されるものとさ

れ、実質的な該当性要件が加えられている。そうすると、判決書の送達の有無という形式的・事務的事項には、あまり重きを置いていないようにも見える。この点は、後述のように、裁判手続における送達制度の意義・機能を勘案してのことのようであるが、それでは、法廷意見のいう該当性要件を満たすかどうかの判断は事実問題（訴訟事件の審理において事実関係の認定に関する問題）なのか、それとも法律問題（訴訟事件の審理において認定した事実についての法律の解釈適用に関する問題）なのか。

この点、本判决の解説子によると、「ここで判決書の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えることに加えて、これにより『不服申立ての機会を与えること』を重ねて記載しているのは、単に判決内容を了知させれば手続的公序違反とならないということではなく、適時に、相当な方法で了知させる必要があるという趣旨や、その了知の程度は、不服申立てをするに足りる程度であるという意味が含まれているものと解される。」と述べている⁽¹⁰⁾。ここに我が国における「手続的公序」の「内容が示されているわけである。上記の解説子の理解を前提にする限り、そこに不確定概念が含まれていることから、上述の該当性要件を満たすかどうかの判断は法律問題であるということになるか。この点についてさらに解説子の述べることに依れば、手続的公序に反する場合、反しない場合の具体例等を例示した上で、『どの程度判決の内容を了知させ又は了知する機会を与えれば、不服申立ての機会を与えたことになるのかは、（中略）判決内容の了知や了知の実質的な機会の有無を中核的な要素とした事実関係の評価が必要となると解される。』と述べるとともに、「本判决は、最高裁が、民訴法一一八条三号の手続的公序について判決内容を了知させ又はその機会を実質的に与えることにより不服申立ての機会を与えることがその一内容となることを初めて示したものである。」と総括している⁽¹¹⁾。

八、さて、本判决について、その判旨の趣旨をどのように理解すべきか。また、それをどのように評価すべきかを検討するに、本判决の意義と把握される点は、右の解説子の説明を加味してまとめてみると、

我が国における判決の送達に関する基本原則ないし基本理念はどのようなものであるかについて（この点が本事案の最大の論点であると思われる）、先ず（i）判決書の送達自体は、我が国の根幹を成す基本原則ないし基本理念とはいえない。（ii）しかし、我が国の民訴法上の基本原則は、判決の送達を重要な手続保障と位置付けていると解される。（iii）その上で、我が国の民訴法では、訴訟当事者に判決の内容を了知させ又は了知する機会を実質的に与えることにより、当該判決に対する不服申立ての機会を与えることを、判決の送達に関する訴訟法秩序の根幹をなす重要な手続として保障していると解される。

以上のようなことが我が国の手続的公序の一つとして解され、本判決は、最高裁が民訴法一一八条三号の手続的公序について、前記のように判決内容を了知させ又はその機会を実質的に与えることにより不服申立ての機会を与えることが、その一内容となることを初めて示して、考察、検討の結果として判示事項、裁判要旨のとおり判示したものと解される、というのが解説子の説明するところである⁽¹²⁾。

本判決の中核的な判示事項が以上のような内容であると言えるとすると、これは民訴法一一八条三号の「公序」（手続的公序）の「内容を明らかにした上で、その適用事例を示した事例判決なのであるか。すなわち最高裁は、本事案を民訴法的一条項の解釈問題として設定し、当該事案に対する事例問題としての解答を示すに止めていて、さらに手続的保障に係る憲法問題には立ち入らないままで論旨の展開に終始している。果して、憲法問題に踏み込まないのはそれが不要と判断してのことなのであるか。しかし、本事案のような手続保障の問題について憲法的保障の在り方に意を用いず、例えば憲法三三条との関わりに言及しないまま判示を締めくくることは、最高裁として妥当な対応と言えるのか、筆者にとっては、疑問なしとしない。以上は、本判決の裁判要旨に接しての筆者の直観的な第一印象の感想である。それはともかくとして、本評釈は、この先は、民事訴訟手続における送達の意義ないし機能、あるいは特質について確認しながら、さらにその手続の問題点について考察、

検討を進めていきたい。本件事案では、日本の裁判手続でいう擬制送達の一つである付郵便送達が行われている。⁽¹⁴⁾

九、送達とは、一般に、「特定の名宛人に対し、訴訟上の書類の内容を知らせる機会を与えるため、法定の方式に従ってなされる通知行為である。裁判所の訴訟行為となる。」とされる。⁽¹³⁾そして、「送達は職権であるのが日本法の立場であり、職権送達主義と呼ばれる。」⁽¹³⁾このことについて最高裁判例の説示によれば、「民事訴訟関係書類の送達事務は、受訴裁判所の裁判所書記官の固有の職務権限に属し、裁判所書記官は、原則として、その担当事件における送達事務を民訴法の規定に従い独立して行う権限を有するものである。受送達者の就業場所の認定に必要な資料の収集については、担当裁判所書記官の裁量にゆだねられているのであって、担当裁判所書記官としては、相当と認められる方法により収集した認定資料に基づいて、就業場所の存否につき判断すれば足りる。」とされる。⁽¹⁴⁾一方、民訴法学説においては、送達制度の本来の目的は、当事者に訴えや判決の内容を確実に告知することであり、その送達の本来の機能は、憲法上の裁判を受ける権利の中核をなすべきものと捉えられている。⁽¹⁵⁾送達は、手続保障の起点（川嶋四郎）なのである。

次に改めて送達の意義ないし機能と特質について述べると、民訴法学説においては、以下のように解釈されている。

送達は、訴訟「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重要な役割をもつ」とされてきた。そしてこの送達は「民事訴訟の基本的な手続原則である双方審尋主義、弁論主義、そして審級制度を機能させる最低条件をなす」し、「特に訴状の送達は、被告にとって、自分宛ての訴訟の開始を知り、これに対する防御の機会が与えられる最初の契機であり、被告の裁判を受ける権利の最も初歩的な最低限の保障を意味する。」と捉えられる。⁽¹⁶⁾ 先ず弁論主義との関連で述べれば、周知のように一般的に所謂弁論権は、「消極面において、裁判

所は、当事者に事前になれに對する意見を表明する機会を与えなかつた事実または証拠調べの結果を裁判の基礎に据えてはならないという内容を持つ。手続保障といわれるものとほぼ同じ内容であり、「消極面は、別に不意打ちの防止とも称される。」と解されている⁽¹⁷⁾。

また、同じく民訴法学説においては、右でも触れていたように、「被告への訴状の送達によつて、裁判所が原告被告間の訴えについて審理判断する義務を負う状態、つまり訴訟係属が発生すると一般には解されている。」とされ、さらに手続保障との関連では、「紛争解決という訴訟の使命を全うするためには、既判力が制度として必要となる。そのため、当事者の一方が欠席したいわゆる欠席判決にも既判力が生ずる。実際には被告の知らないうちに出される判決にも既判力は生ずる。紛争解決のためである。」と説明された上で、「公示送達で始められた訴訟を除き、一般論としては、再審理をさせない強い効力の既判力で当事者を拘束するためには、当事者が手続に關与できたといえなければならない。自分の關与しないところで行われた判決に拘束されるのは不当だからである。これを要するに、既判力を肯定する根拠は、紛争解決という訴訟制度の使命である。そして、当事者に手続保障があつたことは、当事者に既判力を及ぼすための正当化根拠となる。」と指摘される⁽¹⁸⁾。

前述のように、このような送達制度の裁判手続における意義は裁判当事者にとつて、その機能の点においても、彼らの手続保障にとつて小さくなく、被告にとつてだけでなく、原告にとつても重要な意義を有する。

すなわち、民訴法学説において先ず一般論として、特に送達擬制について、「原告の権利保護の必要から、また大量現象としての訴訟という観点から、効率的な手続運営を行うため送達擬制制度は不可欠である。送達擬制の機能は、手続を適法に進行させることにある。すなわち、現実に当事者に到達しなくても、一応当事者に手続關与の機会を形式上与えたこととして、手続を進行させることにあり、「当事者に訴えの内容を確実に告知するという送達制度本来の目的を犠牲にしても、とりあえず手続を進行させることを優先している」と説明され

る⁽¹⁹⁾。つまり「公示送達は、もともと被告が訴訟係属の事実を知り得ないことを制度的に予定した上で、それでも原告に訴訟提起を可能にするための制度」なのである⁽²⁰⁾。このことは、ドイツ法においても同様に「法律は、公示送達の場合に、名宛人が何らかの方法で手続に関与できるとい保障なしに手続が実施されることを、意識的に受忍している」といわれる⁽²¹⁾。

同様のことは、付郵便送達についてもいえると思摘される。

すなわち、以下のように説明される。「郵便に付する送達は、その方法自体において、送達を受けるべき者がその書類を現実に受け取り、その内容を了知する機会を現実に保障されているものとはいえない。公示送達に至っては、まったくないといえる。これらは、送達方法としては、はじめから不完全なものといわざるをえない。このような送達方法であっても、これを認めざるをえないのは、住所などが分からないために送達ができない者に対しても、訴えを提起し判決をうる必要が認められ、このような訴えについても、裁判を受ける権利の保障の一環として裁判を可能にするためである。こうした便法を認めなければ、訴えを提起しようとする者にとつては、自らの権利を守るために、適切な時期にかつ有効に、訴えを提起できないことになりかねない。それは、訴権が実際に保障されるかどうかにかかわる重大な問題である。訴訟へのアクセスを現実にどのように保障するかという、いわば『訴訟への手続保障』の問題といえよう。」⁽²²⁾という。

一方、被告側に対する配慮も同じように指摘される。

すなわち「郵便に付する送達のような便法は、……送達の受け手である被告の方からすると、まだ送達書類の内容を現実に了知する前に、あるいは了知する機会がないことになるかもしれないのに、送達の効果を発生させられ、被告としては、訴えられた訴訟のはじめから、その訴訟手続に参加する機会を現実に保障されないおそれがある。その意味では被告側にとっては、いわば『訴訟手続内の手続保障』を奪われないかという深刻な問題で

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

ある。」⁽²³⁾という。そして以上の点が本判決の主たる争点に関わる。いずれにせよ、「何時いかなる条件のもとで郵便に付する送達が現実にはされるかという問題は、原告、被告のどちらの側にとつても、『裁判を受ける権利』に直接かわる憲法上の問題といわなければならない」⁽²⁴⁾のである。「原告・被告の公平のバランスを十分に考えなければならない」⁽²⁵⁾と指摘される所以である。われわれは、「事柄が、当事者双方の手続保障・裁判を受ける権利に直接かわる問題であること」⁽²⁶⁾を先ずもって銘記しておく必要があるう。

十、さて、ここでは、民事訴訟手続における送達制度がかかえる問題点として、前述のように、「要件を欠く（公示）送達は、送達という最大の手続保障がなされていないのであるから（それは被告が防御のしようがないのであるから）、端的に無効としてよい」のか、また、民訴法学説においては、日本法の解釈として、送達の擬制により、不知のうちに敗訴判決が確定していた場合、民事訴訟法三三八条一項三号の「類推適用により、再審（の可能性）を認めるべきか、」も最三小決平成一九年三月二〇日（民集六一巻二五八六一頁）を援用しつつ問われており、そのような類推適用の用途が「法的審問請求権、日本法で言えば憲法上の裁判を受ける権利の保障の要請するところである。」との解釈論も提示されているところである。⁽²⁷⁾

右の民訴法学説においては、先ず最一小判平成一〇年九月一〇日（判時一六六一号八一頁）は、その事案においては、前诉被告が前訴の訴訟手続に関与できなかった原因が、それ自体としては前訴原告に帰責できない事情（換言すれば、送達が有効であった）であつたにもかかわらず、前诉被告に対する手続関与の機会の保障の要請が、既判力の維持（の要請）に優先すると判断されている、と受け止められている。ここでは、前诉被告に対する手続関与の機会の保障の要請と既判力維持の要請との間で、前訴当事者間の実質的な利益考量の結果として、前者の要請が後者の要請を下回るのは不当であると評価されているのである。⁽²⁸⁾

続いて前記の最三小決平成一九年三月二〇日は、手続上「瑕疵のない」有効な送達でも「実質的な手続保障の

要請から、民訴法三三八条一項三号の再審を認めたものと評価され」ている。このように送達の有効性と切り離れた再審の肯定は、その延長として、補充送達に限らず、公示送達や付郵便送達の場合にも再審を認める理論的可能性に道を開いたものと解されるとする民訴法学説も存し⁽²⁹⁾、そうだとすると、本件判決（最二小判平成三一年一月一八日）は、このような解釈の方向性を持った道をさらに踏み出して裁判要旨に示されたような結論に至ったと言えるのではなからうか。

十一、他方、ドイツの判例理論に目を転じてみると、周知のように、ドイツ基本法は、その一〇三条一項において法的審尋請求権を憲法上の権利として明示的に保障している。ドイツでは、この法的審尋請求権をめぐって、公法学説において活発な議論が展開され、また連邦憲法裁判所の判例においても、同請求権は、手続基本権として人間の手続上の始源的権利であるばかりでなく、客観法上の手続原理でもあり、右のように、同請求権を基本権同様の権利であると同時に、客観法的手続原理として位置づけるといふ解釈が定着し、憲法学説においても、同請求権の保障の中核は、ドイツの公序の不可欠の資産の一部であると評されるに至っている⁽³⁰⁾。

さらに日本の民訴法学説においてもドイツのBGHの裁判例において基本法一〇三条一項の「侵害」を認める例が送達の問題領域でも見られることが紹介されている⁽³¹⁾。この裁判例の紹介において指摘されているように、「ドイツの立法者は、一方で被告の法的審問請求権を、他方で所在不明の被告に対する原告の権利保護請求権を秤にかけた」と分析している。この点、憲法で法的審尋を請求する権利が「確固たる形で保障されて」いない日本にあつては、当該問題を憲法三二条の保障内容と解釈によってリンクさせ、この憲法条文を「いかに考慮できるかを問う」発想ないし契機は、現在の最高裁判例理論のもとでは生まれにくいのは確かである。ただ、最高裁の法廷意見は、憲法三二条が法的審尋請求権を裁判を受ける権利の保障内容として明示的に承認していないのに対して、これを肯定する見解・解釈は、補足意見にとどまっているとはいえ存在する（前記、那須裁判官の反対

意見)。このような被告側の法的審尋請求権を裁判を受ける権利の構成要素の一つとして位置づける解釈は、実質的な権利保障を確保するものであり、憲法三二条の保障内容の解釈として正当なものと考えられ、この方向性や気運は、今後も発展させ、確固たるものにしていく必要があると思われる。

十二、ところで、判例評釈の結論を提示するに際して、既に触れられているところであるが、先ず本判例研究における法解釈の基本的指針ないし基本的立場を明らかにしておくことが肝要であろう。

すなわち、前記新堂教授が説くように、「送達を有効に達成するか、送達に関する攻撃に対していかに防御するかは、基本的には原告なり手続遂行者の責任の問題であ」り、事柄は「当事者双方の手続保障、裁判を受ける権利に直接かわる問題である。」⁽³²⁾ そうだとすると、「既判力による紛争解決への当事者の期待の保護の要請と敗訴当事者に対する手続保障の要請との調和を図る観点」を度外視することは許されないであろう。換言すれば、「ここでの問題は、既判力ある判断を維持すべきであるという法的安定性の尊重の要請と前訴被告に対する手続保障の必要性との兼ね合いであ」り、「前者は、……基本的には前訴判決の確立により紛争は解決したとの前訴原告の信頼保護の問題で」もある⁽³³⁾。したがって（前訴被告の）「手続保障は重要な視点であるけれども、民事訴訟法の解釈は適正・公平・迅速・経済という理想をどうバランスさせるかがより重要であり、手続保障一本槍では単なるスローガンに堕してしまふ。精密に分析し、考え抜かれた論拠を持ち出さなければ説得力は生まれない。」⁽³⁴⁾ という戒めに先ず留意しておくべきであろう。

十三、最後に、以上のことを踏まえた上での本件判決の評価であるが、先ず、前記山本論文（五三五頁）が援用する最一小判平成一〇年九月一〇日に付された藤井裁判官の反対意見は、「対立する両当事者に手続への関与の機会を等しく保障することが（民事訴訟の）基本をなすことはもちろんである。しかし、その手続は、争われていく権利とは無関係に手続の実施そのものに独自の価値があるものではない。」と説くが、「送達は手続保障の起点

であ」ることを踏まえると、同裁判官の手續に關する制度觀をにわかに首肯することはできない。ただ、同意見は、これに続けて「当事者が民事訴訟の訴訟手續に事実上關与する機会を奪われたとする場合において、これにより自己の正当な權利利益の主張をすることができず、その結果、……不当な内容の判決がされ、確定力が生じてもはや争い得ない状態となつたときに、その者に償うに値する精神的損害が生じるものと解すべきであり、判決の結論にかかわりなく訴訟手續への關与を妨げられたとの一事をもつて当然に不法行為として慰謝料請求權が発生するということはできない。」とも説いており、この部分の説示は、本件判決の法廷意見が「外国判決に係る訴訟手續において、判決書の送達がされていないことの一事をもつて直ちに民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反するものと解することはできない。」と説示している部分と、その解釈の方向性としては軌を一にしているように思われる。前者の説示に作用している考慮（事項）は、後者の法廷意見と同じ考慮（事項）なのかは、にわかに断定はできないが、両者の説示に通底している送達に關する制度觀には共通するものがある。前述のごとく、この制度觀については、その当否について今少し立ち入った議論、検討が必要ではなからうか。最高裁の判例理論に再考を求めたいところである。

いずれにせよ、再言すれば、法廷意見については、憲法三二条の保障する裁判を受ける權利の構成要素としての法的審尋請求權の保障の理念を前提としつつ、本件のような事案に対して、同法三二条をいかに考慮できるか、あるいは作用させることができるかを問う姿勢を期待したいところであり、送達制度の持つ当事者の手續關与の機会の実質的な保障という役割は、これを過小評価すべきではない。この保障を被告の裁判を受ける權利の最も初歩的な最低限の保障と位置付ける民訴法学説の立場にも今少し目を向け、このような役割に鑑みて、「両訴訟当事者の手續保障の權利の公平な取り扱い、あるいは実質的な、そして精緻な利益考量」という手法によって、当該事案について、その処理の判断を下すべきである。

訴訟当事者に判決の内容が了知されず又は了知する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

本件判決においては、結果的には、この事案での訴訟手続が民訴法一一八条三号にいう公の秩序に反すると判断されたものの、本件訴訟当事者が本件外国判決の内容を了知する機会が実質的に与えられることにより、不服申立ての機会を与えられていたか否かという法廷意見が提示した同条項該当性の要件の存否について検討していないことを理由に原審判決を破棄差し戻すに止まっており、本件当事者（被告）が最終的に訴訟手続上救済されたわけではない。今後の差戻審の判断が待たれるところであるが、本判決で示された最高裁の判例理論（裁判要旨）が、前記本件判決の解説子が述べるように、訴訟手続の実務上の展開に関して、一つの指導的判例として位置付けることは首肯できよう。

〔註〕

- （１）川嶋四郎「最新判例演習室」〔民事訴訟法〕「家事審判事件の抗告状等の不送達と憲法三二条」法学セミナー六五〇号（二〇〇九年二）一一六頁、垣内秀介「抗告審における手続保障と憲法三二条」ジュリスト一三七六号（二〇〇九年二）一五五頁。
- （２）垣内・前掲評釈一五六頁。
- （３）垣内・前掲評釈一五六頁。
- （４）川嶋・前掲評釈一二六頁。
- （５）垣内・前掲評釈一五六頁。
- （６）川嶋・前掲評釈一二六頁。
- （７）川嶋・前掲評釈一二六頁、垣内・前掲評釈一五六頁。
- （８）判例時報二四〇九号（二〇一九年）三二頁、このことから最判平成九年七月一日の判決が引用されている。
- （９）判例時報二四〇九号三三頁。
- （１０）判例時報二四〇九号三三頁。
- （１１）判例時報二四〇九号三三―三四頁。
- （１２）判例時報二四〇九号三三頁。

- (13) 高橋宏志・民事訴訟法概論（二〇一六年、有斐閣）六〇頁。
- (14) 山本弘「送達の瑕疵と民訴法三三八条一項三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（青山善充先生古稀記念）（二〇〇九年、有斐閣）五三〇頁所引の最小判平成一〇年九月一〇日判例時報一六六一号八一頁より。
- (15) 中山幸二「送達の擬制と再審」前掲・民事手続法学の新たな地平二九七頁。
- (16) 中山幸二「送達の擬制と手続保障の二重構造」民事訴訟雜誌四一（一九九五年）一二六頁。
- (17) 高橋・前掲・概論一一五頁。
- (18) 高橋・前掲・概論二五二頁。
- (19) 中山「送達の擬制と再審」前掲書二九七頁。
- (20) 山本・前掲論文五二七頁。したがって「控訴の追完を安易に許容することは、公示送達制度の存在意義を否定するに等しい。」と説く。また、「名宛人の不利益は初めから予想されている。」という指摘も存する。中山・前掲論文・前掲書二七八頁註（6）所引の梅本論文及び池田論文。
- (21) 中山・前掲論文・前掲書二八四頁。
- (22) 新堂幸司「郵便に付する送達について」同・民事訴訟法学の基礎（一九九八年）三五二―三五三頁。
- (23) 新堂・前掲書三五三頁。
- (24) 新堂・前掲書三五三頁。
- (25) 高橋・前掲・概論六四頁。
- (26) 高橋・前掲・概論六六頁。
- (27) 中山・前掲論文二九六頁。また、高橋・前掲・概論六六頁。
- (28) 山本・前掲論文五三四―五三五頁。
- (29) 中山・前掲論文二八〇頁。
- (30) 宇都宮『司法権の観念』論（再続・補遺）―法的審尋請求権の保障と実体的権利保護―金沢法学第五七卷第二号（二〇一五年）三〇―三一頁。
- (31) 中山・前掲論文二八四頁。
- (32) 新堂・前掲書三七七頁。
- (33) 以上の点について山本・前掲論文五三四頁。

訴訟当事者に判決の内容が了解されず又は了解する機会も実質的に与えられなかったことにより不服申立ての機会が与えられないまま確定した外国裁判所の判決に係る訴訟手続と民訴法一一八条三号にいう公の秩序

(34)

高橋・前掲・概論一一五頁。